

VU Research Portal

Experimentele wetgeving

Jacobs, M.J.

2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jacobs, M. J. (2018). *Experimentele wetgeving*. Wolters-Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Experimentele wetgeving

Experimentele wetgeving

Rede

in verkorte vorm uitgesproken
bij de aanvaarding van het
ambt van bijzonder hoogleraar
‘Wetgeving en Reguleringsvraagstukken’
vanwege de Stichting Het Vrije Universiteitsfonds,
aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
van de Vrije Universiteit Amsterdam
op 8 maart 2018

door

M.J. Jacobs

Deventer – 2018

Ontwerp: Hans Roenhorst – www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 14906 7

ISBN 978 90 13 14907 4 (E-book)

NUR 823-301 / 823-302

© 2018, Wolters Kluwer Deventer

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Inhoud

1	Inleiding	7
2	De wetgever en het experiment: waar hebben we het eigenlijk over?	11
2.1	Inleiding	11
2.2	'Hoe heurt het eigenlijk?'	13
2.3	En wat gebeurt er eigenlijk?	19
2.3.1	Bestaande experimenteergrondslagen- en regelingen	19
2.3.2	Wie neemt er deel aan een experiment?	23
2.3.3	Waarmee mag worden geëxperimenteerd?	24
2.3.4	De vormgeving van experimenteerregelingen	25
2.3.5	Na afloop van het experiment: hoe vaak volgt er een wetswijziging?	26
2.3.6	Variant: de experimenteerwet	28
3	Experimenteren anno 2018: ontwikkelingen en trends	33
3.1	Inleiding	33
3.2	Recente experimenteerbepalingen	34
3.2.1	Klassieke experimenteerbepaling of gefaseerde inwerkingtreding?	34
3.2.2	Vergunningen en ontheffingen voor het houden van experimenten: over CO2 en zelfrijdende auto's	40
3.2.3	Conclusie	43
3.3	Trends	44
3.3.1	Trend 1: Het verkennen van nieuwe technologische mogelijkheden	44
3.3.2	Trend 2: Netwerksamenleving en burgerparticipatie	51
3.3.3	Trend 3: Regelluwte	53
4	Slotbeschouwing	55
5	Dankwoord	63

1. Inleiding

Herinnert u zich nog dat u leerde fietsen? Ik wel, al is het vooral omdat mijn moeder een foto heeft gemaakt van de eerste keer dat ik zonder zijwieltjes op mijn grote nieuwe fiets fietste. Ik zal een jaar of vijf, zes zijn geweest. Mijn vader rende naast mij, moedigde mij aan en liet mijn fiets op een gegeven moment los. Daar ging ik: ik kon fietsen!

Dat fietsen zonder zijwieltjes lukte niet ineens. Daar heb ik voor moeten oefenen en ik ben ook wel eens gevallen. Dat vinden we normaal als je leert fietsen. Net zoals we het normaal vinden dat bij de ontwikkeling van nieuwe producten of de innovatie van bestaande producten, dingen geprobeerd moeten worden en dingen mislukken. Een hoogleraar van de Universiteit Maastricht en een ondernemer, Paul Iske en Bas Ruysenaars, hebben er zelfs een instituut over opgericht: het 'Instituut voor Briljante Mislukkingen'.¹ Onder het motto 'van fouten kun je leren' hebben zij veel voorbeelden van mislukkingen verzameld en daar patronen en leermomenten uit gedestilleerd. Deze patronen hebben zij op hun website gepubliceerd zodat anderen er weer van kunnen leren.

Als het gaat over wet- en regelgeving dan vinden velen, maar misschien vooral juristen, dingen uitproberen ineens veel minder acceptabel.² Om over mislukkingen nog maar te zwijgen. Van de wetgever wordt veel verwacht: hij moet zorgen dat is voldaan aan de beginselen van de democratische rechtsstaat³, aan de wetgevingskwaliteitseisen uit de nota 'Zicht op wetgeving'⁴, dat gekozen wordt voor een aanpak

1 Zie www.briljantemislukkingen.nl.

2 De opvatting van Noll dat elke wet in wezen een experiment is, laat ik maar even daar. Ik denk dat hij gelijk heeft, maar dat inzicht helpt ons ook niet verder. Zie: Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973, p. 76.

3 S.E. Zijlstra c.s., *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 3.

4 'Zicht op wetgeving' onderscheidde de volgende kwaliteitseisen: rechtmatigheid en werkelijkheid van de rechtsbeginselen; doeltreffendheid en rechtmatigheid; subsidiariteit en evenredigheid; uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; onderlinge afstemming; eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Zie kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2.

die zo min mogelijk regeldruk veroorzaakt (of liever nog regeldruk vermindert) en dat de nieuwe regels toekomstbestendig⁵ zijn. En dit alles moet in een keer goed gaan.

Toch valt de behoefte aan experimenteermogelijkheden – uitdrukkelijk in wet- en regelgeving opgenomen – niet meer te ontkennen. Het laatste regeerakkoord vormt hier een mooie illustratie van; het staat bol van de voornemens tot het doen van experimenten.

Het woord experiment (of een samenstelling met het woord experiment erin) komt er 24 keer in voor. Wat overigens niet wil zeggen dat er 24 experimentenwetten worden aangekondigd. Maar als we ook pilots en proefprojecten die worden aangekondigd meetellen, staat wel vast dat er veel geëxperimenteerd gaat worden deze kabinetsperiode:

- Experimenten met het gedoogd telen van wiet voor recreatief gebruik;
- Experimenten met eenvoudige procedures die partijen bij elkaar brengen en conflicten niet op de spits drijven;
- Experimenten met burenenrechters;
- Experimenten in krimpregio's om een adequaat voorzieningenniveau op peil te houden;
- Experimenten waarbij burgers en verenigingen maatschappelijke voorzieningen mogen overnemen ('right to challenge')
- Experimenten die een geleidelijke overgang van basisonderwijs naar voortgezet onderwijs mogelijk maken;
- Experimenten in het voortgezet onderwijs die het mogelijk maken meerdere vakken op een hoger niveau af te ronden;
- Experiment vraagfinanciering in het mbo;
- Experimenten bij NWO met innovatieve beoordelingssystematieken;
- Experiment met scholingsaanbod voor mensen in arbeidsongeschiktheidsregelingen;
- Experimenten in de Participatiewet;
- Experimenten met schuldhulpverlening;
- Experiment met een schuldenrechter;
- Experimenteerruimte voor bedrijven;
- Experimenten met deelsystemen in het personenvervoer;

5 Kamerstukken I 2015/16, 33 009, nr. E.

- Experimenten met flexibel peilbeheer voor het tegengaan van methaanuitstoot in de landbouw;
- Experimenteerruimte voor het beïnvloeden van werkmogelijkheden aan aspirant-statushouders.
- Pilots in grote steden met verhoging van de kwalificatieplicht naar 21 jaar;
- Pilots met een no-riskpolis;
- Pilots met alternatieve vormen van vervoer en betaling;
- Pilots om op een efficiënte manier aan de eisen van richtlijnen, zoals de Nitraatrichtlijn, te voldoen;
- Proefprojecten in het kader van de klimaat- en energietransities.

Ter vergelijking: in het vorige regeerakkoord uit 2012 kwam het woord experiment slechts een keer voor en niet eens om aan te kondigen dat er een experiment gestart zou gaan worden. Het ging om loondispensatie voor werknemers die onder het wettelijk minimumloon werkten. In het regeerakkoord stond dat de experimenten die op dat moment plaatsvonden op basis van de Tijdelijke wet pilot loondispensatie⁶ plaatsvonden, zouden worden geëvalueerd. Op basis van de evaluatie zou een beslissing worden genomen over het vervolg.⁷ Verder werd gerefereerd aan ‘lopende pilots’ dit betrekking hadden op samenwerking in de kinderopvangbranche.⁸

Voor een aantal van deze zogenoemde experimenten is in het regeerakkoord tevens aangekondigd dat er ‘experimenteerwetgeving’ moet komen.⁹ Dit betekent dat er op dit moment door velen – wetgevingsjuristen, beleidsmedewerkers, mensen uit de praktijk – wordt nagedacht over hoe die wetgeving eruit moet komen te zien. Omdat de wetgevingsjurist in zijn spreekwoordelijke gereedschapskist al een instrument heeft, genaamd ‘experimenteerbepaling’, valt te verwachten dat

6 Stb. 2010/216 (Kamerstukken 32 165).

7 Regeerakkoord ‘Bruggen slaan’, p. 34. Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord>.

8 Ibid. p. 35.

9 Voor andere zal moeten worden beoordeeld of ze onder de bestaande wet- en regelgeving kunnen worden uitgevoerd. Als dat niet kan, moeten de wettelijke belemmeringen worden weggenomen.

dit instrument de komende tijd in een fiks aantal wetsvoorstellen zal worden opgenomen. Experimenteren kan echter op meer manieren en het is soms effectiever om een ander instrument te kiezen.

In deze rede ga ik in op verschillende manieren waarop experimenterwetgeving kan worden vormgegeven en op de keuzes die daarbij moeten worden gemaakt. Ik zal laten zien dat de er buiten het experimenteergeedeelte van de gereedschapskist van de wetgevingsjurist, meer mogelijkheden zijn om te experimenteren. Om wetten te krijgen die werken, is het van belang dat op de meest geschikte manier wordt geëxperimenteerd en dat dus ook – als daar wetgeving voor nodig is – het juridisch meest geschikte instrument voor wordt gekozen. Het is net als bij leren fietsen: om valpartijen en lelijke schrammen te voorkomen volstaat in het ene geval een hand op de rug of aan de bagagedrager en zijn er in het andere geval zijwieltjes nodig.

2. De wetgever en het experiment: waar hebben we het eigenlijk over?

2.1 Inleiding

Wie een experiment doet wil nagaan of dat wat hij in theorie verwacht, in de praktijk ook echt gebeurt. Gebeurt het niet, dan klopt de theorie niet en moet deze worden aangepast. Dat nagaan kan op verschillende manieren plaatsvinden: uiteenlopend van het testen van een wetenschappelijke hypothese in een laboratorium tot – niet wetenschappelijk – ‘iets doen en kijken wat er gebeurt’. Sommige experimenten zijn wettelijk gereguleerd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij:

- Proeven met mensen en dieren. Het uitvoeren van dergelijke proeven is verboden, tenzij de onderzoeker beschikt over een vergunning. Voorbeelden van wetten op grond waarvan een dergelijke vergunning kan worden verkregen zijn de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en de Wet op de dierproeven, en¹⁰
- Regels die het mogelijk maken om af te wijken van een bestaande regel, teneinde te testen hoe de andere – nieuwe – regel werkt.

Onder juristen is het niet ongebruikelijk om de eerste categorie te betitelen als wetgeving over experimenten en deze verder buiten beschouwing te laten of zelfs niet te noemen en de tweede als experimenteerwetgeving.¹¹ Juridische literatuur over het fenomeen experimenteren is niet dik gezaaid¹², al lijkt het tij de laatste paar jaar wel een beetje te keren. Gewezen kan in ieder geval worden op het fraaie proefschrift van Sofia Ranchordás en daarnaast was het onderwerp experimen-

10 Behalve met vergunningen kan er ook met ontheffingen worden gewerkt.

11 Zie bijv. R. van Gestel en G. van Dijck, *Better Regulation through Experimental Legislation*, *European Public Law* vol. 17 (2011), p. 540-541, G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 140, S. Ranchordás, *Sunset Clauses and Experimental Legislation: Blessing or Curse for Innovation?* Diss. Tilburg 2014, hoofdstuk 1.

12 In Nederland althans.

teren (experimenteel handelen én experimentele wetgeving) ook het thema van de Staatsrechtconferentie in 2016.¹³ De juridische literatuur gaat echter in hoofdzaak over de vraag *of* experimenteren nuttig of wenselijk zou kunnen zijn (en het antwoord steevast: ja)¹⁴, en niet over de vervolgvraag *hoe* een experiment wettelijk het best kan worden vormgegeven.¹⁵ En daarnaast wordt in de juridische literatuur niet geproblematiseerd wie waarmee wil experimenteren en waarom. Naar mijn mening is dit relevant en ik kom hier later op terug.

Het wetgevingsbeleid over experimenteerwetgeving, dat is neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving, gaat wel in op de vraag hoe een experiment wettelijk moet worden vormgegeven. Dit beleid schrijft één bepaalde manier van experimenteren voor, namelijk: een regel die het mogelijk maakt om bij een lagere regel af te wijken van een bestaande regel, teneinde te testen hoe de andere – nieuwe – regel werkt. ‘One size fits all’ dus. Het huidige wetgevingsbeleid gaat eraan voorbij dat er ook andere manieren zijn om een experiment wettelijk vorm te geven

13 S. Ranchordás, *Sunset Clauses and Experimental Legislation: Blessing of Curse for Innovation?* Diss. UvT 2014, en haar keynote aan de Staatsrechtconferentie 2016: *Experimenteerwetgeving: Een regelluwe zone?* In: V.I. . Daskalova en M.A. Heldeweg, *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2017.

14 Hiernaast is er ook vrij veel literatuur over evidence bases wetgeven. Deze gaat vooral over welke voor- en nadelen experimenteerwetgeving heeft (meer kennis over de werking van een wet en het voorkomen van denkfouten bijvoorbeeld) of hoe de experimenten het best kunnen worden opgezet, dus niet over hoe de wetgeving die daar ruimte voor biedt eruit moet zien. Zie bijv. Van Gestel en Van Dijk a.w., Christoph Engel, *Legal Experiments: Mission Impossible?* Den Haag: BJU 2013, F.L. Leeuw en H. Schmeets, *Empirical Legal Research. A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Edward Elgar Publishing 2017.

15 Een uitzondering hierop vormt een artikel van Michiel Heldeweg. Hij heeft een analytisch kader proberen te ontwikkelen voor de juridische vormgeving van experimenteerbepalingen op het gebied van (disruptieve) technologie en governance: M.A. Heldeweg (2015), *Experimental legislation concerning technological & governance innovation – an analytical approach*, *The Theory and Practice of Legislation*, 3;2, 169-193, DOI: 10.1080/20508840.2015.1083242.

en dat komt mijns inziens doordat niet in steeds goed genoeg wordt geïdentificeerd wie waarmee wil experimenteren en waarom.

Voordat ik inga op de vraag waarom het voor de wetgever van belang is om ook te problematiseren wie waarmee wil experimenteren en waarom, ga ik eerst nader in op experimenteren volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daarbij zal ik eerst ingaan op de theorie (paragraaf 2.2: ‘Hoe heurt het eigenlijk?’) en daarna op de praktijk (paragraaf 2.3: ‘Wat gebeurt er eigenlijk?’).

2.2 ‘Hoe heurt het eigenlijk?’

Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is er op deelterreinen beleid ontwikkeld over experimenteren, bijv. op het terrein van de onderwijs-wetgeving.¹⁶ Sinds de jaren negentig wordt het onderwerp in het wetgevingsbeleid en – mogelijk in navolging daarvan – door een aantal juridische auteurs¹⁷ meer in algemene zin benaderd en dus niet meer specifiek vanuit deelgebieden. In het rapport ‘Het proberen waard’, schreef het Interdepartementaal Wetgevingsberaad (IWB), een interdepartementale commissie die specifieke wetgevingsvraagstukken bespreekt, het volgende over experimentenwetgeving:

“In 1997 is door de ICHW-werkgroep¹⁸ gedefinieerd dat het bij een experiment gaat om het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem. Het IWB kan deze omschrijving onderschrijven, met de kant-

16 Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, ‘Orde in de regelgeving’, 1985.

17 Vgl. Ranchordás a.w., Veerman en Bulut, Over experimenteer- en horizonbepalingen, Den Haag 2010, (<https://www.kcwj.nl/sites/default/files/verslage-hbepalingendef4.pdf>) en F.J. van Ommeren, in S.E. Zijlstra e.a., a.w., p. 165.

18 ICHW staat voor: Interdepartementale Commissie Harmonisatie Wetgeving. Deze commissie werd ingesteld in 1980 en is in 1999 opgegaan in de Interdepartementale Commissie voor Constitutionele aangelegenheden en Wetgevingsbeleid (ICCW). In 2013 is laatstgenoemde commissie opgegaan in het Interdepartementaal Overleg voor Wetgeving en Juridische Zaken (IOWJZ).

tekening dat ze ruim moet worden uitgelegd. Zo kunnen experimenten bijvoorbeeld ook een rol spelen bij het stimuleren van gewenste ontwikkelingen. Bij experimenten kan het tevens gaan om het opdoen van ervaring met de uitvoering van een regeling door de betrokken overheidsorganisatie, alvorens deze eventueel algemeen wordt ingevoerd. Uitgewerkt betekent dit, dat voor een experiment de volgende wezenskenmerken gelden:

1. De verwachting bestaat dat een bepaalde regeling effectief kan zijn;
2. De overtuiging dat de regeling effectief zal zijn, is echter nog niet aanwezig;
3. Door te experimenteren wordt over de effectiviteit meer inzicht verwacht.”¹⁹

Het IWB schrijft vervolgens dat een experimenteerbepaling een rechtsgrond zou kunnen creëren ‘voor die gevallen waarin een experiment niet in overeenstemming is met wet- en regelgeving’ en doet een voorstel voor twee nieuwe aanwijzingen voor de regelgeving. Deze voorstellen zijn in 2004 in de Aanwijzingen voor de regelgeving opgenomen: aanwijzing 10a en 10b.²⁰ Per 1 januari 2018 zijn de Aanwijzingen voor de regelgeving geheel herzien. De aanwijzingen over experimenteren hebben een eigen paragraaf gekregen (§ 2.6 Experimentele regelgeving), nieuwe nummers (aanwijzing 2.41 en 2.42) en ook een enigszins gewijzigde tekst.²¹

Hoewel de term experimenteerbepaling noch in de oorspronkelijke tekst, noch in de huidige wordt gedefinieerd, kan uit de tekst en de toelichting van zowel de oude als de nieuwe Aanwijzingen over experimenteerbepalingen worden afgeleid dat ook de Aanwijzingen ervan uitgaan dat er sprake moet zijn van bestaande wettelijke regels waarvan wordt afgeweken, tijdelijkheid en evaluatie na afloop. De Aanwijzingen voegen hier echter nog een belangrijk praktisch element aan toe. Zij schrijven namelijk voor hoe de experimenteerbepaling moet worden vormgegeven. Er dient te worden geëxperimenteerd door middel van delegatie: in

19 Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, ‘Het proberen waard’, 2000, p. 18. (https://www.kcwj.nl/sites/default/files/Experimenteerbepalingen__Het_proberen_waard.pdf).

20 Stcrt. 2004, 213.

21 Stcrt. 2017, 69426.

een wet kan worden bepaald dat in een algemene maatregel van bestuur bij wijze van experiment wordt afgeweken van de wet. De wettelijke bepaling waarin staat dat van die bepaling kan worden afgeweken wordt de experimenteergrondslag genoemd. In deze experimenteergrondslag moet ook staan wat de maximale geldingsduur van de experimentele regeling of de op basis daarvan uit te voeren experimenten zal zijn. In de algemene maatregel van bestuur, de experimenteerregeling zelf dus, moet vervolgens worden vermeld van welke artikelen of onderdelen van artikelen van de wet wordt afgeweken. Na afloop moet het experiment – uiteraard – worden geëvalueerd. De experimenteerregeling kan daartoe een verplichting bevatten, maar dit hoeft niet.²² Als er echter voor wordt gekozen een evaluatiebepaling op te nemen in de experimenteerregeling, dan moet daarvoor de modelbepaling worden gebruikt die in het tweede lid van aanwijzing 2.42 staat.²³ Hoe de evaluatie precies moet plaatsvinden, mag uit de toelichting op de experimenteerregeling blijken.

Onder wetgevingsjuristen is het vrij algemeen aanvaard dat terughoudendheid moet worden betracht met experimenteerbepalingen en -regelingen. Ook de Raad van State is deze mening toegedaan, getuige zijn adviezen en gelet op de criteria die de Raad hanteert bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van experimenteerbepalingen.²⁴ Daarvoor

22 In de toelichting bij Aanwijzing 10b stond: 'Een verplichting om in alle gevallen een expliciete evaluatiebepaling op te nemen, is echter onnodig. Wel dient in de toelichting bij een experimenteerbepaling te worden aangegeven hoe evaluatie zal plaatsvinden.' Ook in de toelichting op de nieuwe aanwijzing 2.42 staat dit. De opstellers van de Aanwijzingen vertrouwen er blijkbaar op dat er ook zonder evaluatiebepaling wel wordt geëvalueerd.

23 Overigens bevat aanwijzing 2.42 nog wel een opvallende wijziging ten opzichte van aanwijzing 10b. De modelbepaling luidt: *Onze Minister [van/voor ...] zendt [in overeenstemming met de Minister van/voor ...] negen maanden voor het einde van de werkingsduur van [een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel .../dit besluit] aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van het experiment in de praktijk, alsmede een standpunt inzake de voortzetting van [die maatregel/dit besluit] anders dan als experiment.* In de oude modelbepaling stond nog een termijn van drie maanden. Die termijn was wel erg kort, dus dat er een langere termijn is gekozen hoeft niet te verbazen, maar enige toelichting waarom is gekozen voor negen maanden had ook niet misstaan.

24 Veerman en Bulut, a.w., p. 14-15 en S.E. Zijlstra e.a., a.w., p. 166. De Afdeling advisering hanteert overigens de criteria uit de Aanwijzingen voor de regelgeving.

wordt als argument aangevoerd dat experimenteerbepalingen en -regelingen in strijd zijn of kunnen komen met de verschillende rechtsbeginselen: het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel zou optreden omdat experimenteerbepalingen tot tijdelijke regels zouden leiden die niet voor alle burgers in gelijke mate gelden. Dit is mogelijk, maar het is een misvatting te denken dat dit in alle gevallen zo is. Er hebbende afgelopen jaren experimenteerregelingen gegolden waarbij de tijdelijke regels wel voor alle burgers in gelijke mate golden. Bij de in de volgende paragraaf nog uitvoeriger te bespreken experimenten met de minimumleeftijd voor touringcarchauffeurs en het begeleid rijden, was dit bijvoorbeeld het geval. Ook het experiment waarbij nurse practitioners en physician assistants tijdelijk zelfstandig bevoegd werden verklaard tot het indiceren en verrichten van bepaalde medische handelingen, kan in dit kader worden genoemd.²⁵ In sommige gevallen is het echter inderdaad onontkoombaar dat de tijdelijke regels niet gelijkelijk voor alle burgers gelden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij experimenten om 'de afstand tot de arbeidsmarkt te verkleinen' of bij onderwijsexperimenten omdat deze experimenten ontstaan voor gemeenten en scholen waardoor de experimenten alleen burgers die gemeenten of leerlingen van die scholen raken. Het is de vraag of het nu echt altijd zo erg is dat dergelijke experimenten niet gelijkelijk voor iedereen gelden. Een goede inrichting van het experiment kan er mijn inziens voor zorgen dat de tijdelijke inbreuk op het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd kan worden.²⁶ Ook is denkbaar dat burgers de gelegenheid wordt geboden om niet (of juist wel) aan het experiment deel te nemen.²⁷

Experimenteerbepalingen en -regelingen zouden ook strijd kunnen opleveren met het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond van dit beginsel moeten burgers hun rechten en plichten jegens de overheid

25 Wijziging van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg onder andere in verband met de opnemng van de mogelijkheid tot taakherschikking, kamerstukken 32 261.

26 In dezelfde zin Ranchordás, a.w., p. 195.

27 Bij de experimenten op grond van de Participatiewet wordt burgers deze gelegenheid geboden (zie art. 1 en 6 Tijdelijk besluit experimenten participatiewet). Dit zal echter niet altijd haalbaar zijn. In gemeenten die experimenteren met het bestemmingsplan met brede reikwijdte (o.g.v. art. 2.4 Chw), hebben burgers geen keus.

kunnen bepalen en daartoe moeten wetten en regels duidelijk, bestendig en stabiel zijn en moet de burger ervan uit kunnen gaan dat de overheid de wetten toepast, voorspelbaar is en tijdig beslissingen neemt.²⁸ Bestendigheid en stabiliteit zijn uiteraard belangrijk, maar als de maatschappij verandert, kan het nodig zijn dat regels mee veranderen. Dit argument zou omgekeerd ook kunnen worden gebruikt om te betogen dat experimenteerbepalingen juist voorkomen dat er onnodig wordt getornd aan bestaande regels. Wel is het naar mijn mening van groot belang dat het voor de burger die deelneemt aan een experiment duidelijk is welke regels er voor hem gelden.

Tot slot het legaliteitsbeginsel. Aangezien een experimenteerbepaling in een wet in formele zin het toestaat om bij algemene maatregel van bestuur, dus op lager niveau, af te wijken van een of meer bepalingen van de wet in formele zin, kan dit spanning opleveren met het beginsel van het primaat van de wetgever en met het legaliteitsbeginsel. De Afdeling advisering van de Raad van State let er bij de toetsing van experimenteerregelingen daarom op dat afwijkingen van de wet in formele zin zo klein mogelijk zijn. Verder ligt het volgens de Afdeling advisering in de rede dat het parlement op enigerlei wijze wordt betrokken bij de experimenteerregeling. In de toelichting op Aanwijzing 10a (oud) van de Aanwijzingen voor de regelgeving werd dit herhaald en de praktijk, waarover meer in de volgende paragraaf, liet ook zien dat het parlement werk maakt van zijn betrokkenheid. In dit argument schuilt naar mijn mening de kern van de juridische bezwaren tegen experimenteerbepalingen. Hoeveel ruimte kan er worden gegeven voor afwijken van wettelijke bepalingen in het kader van experimenten?

Uit de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State blijkt dat de wettelijke bepalingen die experimenten mogelijk maken voldoende nauwkeurig moeten zijn begrensd, opdat kan worden beoordeeld of het noodzakelijk is om een experimenteerbepaling op te nemen en of op het betreffende beleidsterrein zinvolle experimenten mogelijk zijn.²⁹ De afgelopen jaren zijn

28 H.A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid*, Kluwer (diss. Groningen) 1998, p. 243-244.

29 Zie bijv. de recente adviezen over een experimenteerbepaling in de Invorderingswet 1990 (Kamerstukken II 2015/2016, 34 305, nr. 4) en het Besluit experimenten cross-over kwalificaties (W05.16.0111/I).

er diverse wetsvoorstellen voorbereid³⁰ waarin veel ruimte werd geboden om af te wijken van geldende bepalingen. In de volgende paragraaf geef ik hier voorbeelden van. De mogelijkheden om af te wijken van bestaande regels zijn echter bepaald niet onbegrensd. Wie mocht denken dat experimenteerwetgeving ertoe kan leiden dat regels die ‘als hinderlijk worden ervaren’ eenvoudig opzij kunnen worden gezet, zal bedrogen uitkomen. Sowieso zullen regels van Europees en internationaal recht gerespecteerd moeten worden. Daarnaast mag een experiment niet in strijd komen met grondrechten en rechtsbeginselen. De praktijk leert dat bij de analyse van wensen om te komen tot experimenten vaak blijkt dat zogenaamde ‘hinderlijke regels’ er inderdaad niet voor niets waren, bijvoorbeeld omdat de regel die door de één als hinderlijk wordt ervaren, voor de ander een waarborg bevat.

Het is daarom naar mijn mening opmerkelijk dat de passage over parlementaire betrokkenheid bij experimenteerregelingen in de nieuwe versie van de *Aanwijzingen voor de regelgeving* geschrapt is.³¹

30 Maar niet allemaal ingediend. Dit laatste was bijvoorbeeld het geval met een experimenteerbepaling die opgenomen had moeten worden in de Wet banenafpraak en quorum arbeidsbepkten. De Afdeling advisering van de Raad van State merkte hierover het volgende op: ‘dat de noodzaak van het afwijken van de bepalingen van de Quotumwet in het algemene deel, noch in het artikelsgewijze deel van de toelichting wordt gemotiveerd. De noodzaak van een deugdelijke motivering voor dit voorstel klemt temeer, omdat nog geen enkele ervaring is opgedaan met de wet, nu deze nog niet is geactiveerd, en ook niet zal worden geactiveerd, zolang de vereiste streefcijfers van de banenafpraak uit het Sociaal Akkoord van april 2013 worden gehaald.’ In het nader rapport werd in reactie hierop gemeld dat bij nader inzien is besloten om af te zien van het opnemen van een experimenteerbepaling in de wet (Kamerstukken II 2015/2016, 34 528, nr. 4). Ook de aangekondigde Experimentenwet gemeenten is niet ingediend. Zie Kamerstukken II 2017/18, 34 775 VII, nr. 53.

31 Bovendien vind ik het opvallend dat aanwijzing 2.41 enerzijds meer ruimte voor experimenten lijkt te bieden en anderzijds minder. Meer ruimte doordat in het eerste lid het woord ‘noodzakelijk’ is vervangen door ‘gewenst’, waardoor die zin nu als volgt begint: 1. Indien het gewenst is de mogelijkheid te bieden dat in een lagere regeling bij wijze van experiment van een hogere regeling wordt afgeweken, ...’. Minder ruimte doordat de toelichting vergeleken met de toelichting op aanwijzing 10a is aangescherpt door de volgende zin: “Tot een experimentele regeling moet niet te snel worden overgegaan, mede gelet op het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel”. De overtuiging moet bestaan dat via de figuur van afwijkende regelgeving de noodzakelijke informatie kan worden vergaard. Maar misschien lees ik er wel teveel in.

2.3 En wat gebeurt er eigenlijk?

2.3.1 *Bestaande experimenteergrondslagen en -regelingen*

Op het moment van schrijven van deze tekst gelden er tenminste 22 wetten die een of meer experimenteergrondslagen bevatten die qua vormgeving voldoen aan de Aanwijzingen voor de regelgeving³²:

- Art. 80a Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen
- Art. 2.2 en 2.4 Crisis- en herstelwet
- Art. 7a Elektriciteitswet
- Art. 1i Gaswet
- Art. 12.1 Jeugdwet
- Art. 2.21a Mediawet
- Art. 83 Participatiewet
- Art. 186 Wegenverkeerswet
- Art. 130 Werkloosheidswet
- Art. 3:65 Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
- Art. 11a.1 Wet educatie en beroepsonderwijs
- Art. 1.87 en 2.29 Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen
- Art. 10.1.1 Wet langdurige zorg
- Art. 8:23a Wet luchtvaart
- Art. 3 Wet personenvervoer 2000
- Art. 36a Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
- Art. 171 Wet op de expertisecentra
- Art. 1.7a Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
- Art. 176k Wet op het primair onderwijs
- Art. 118t Wet op het voortgezet onderwijs
- Art. 82a Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
- Art. 2 Wet toelating zorginstellingen

32 Als de wetten die gelden in Bonaire, Sint Eustacius en Saba worden meegerekend, komen er nog drie experimenteerbepalingen bij: art. 10a.1 Wet educatie en beroepsonderwijs BES, art. 145a Wet primair onderwijs BES en art. 205a Wet voortgezet onderwijs BES. Daarnaast kan worden gewezen op artikel 23.2 Omgevingswet, Stb. 2016, 156. Dit artikel is echter nog niet in werking getreden.

Bij de voorbereiding van deze rede, ben ik nagegaan tot welke experimenteerregelingen deze grondslagen aanleiding hebben gegeven. Het eerste wat opviel was dat niet al deze experimenteergrondslagen hebben geleid tot experimenteerregelingen. Ongeveer de helft van de bovengenoemde experimenteergrondslagen wordt op dit moment gebruikt of is ooit gebruikt. De rest leidt (vooralsnog) een slapend bestaan.³³ Waarom dat zo is, heb ik niet diepgaand onderzocht. In enkele gesprekken met ambtenaren die experimenteerwetgeving hebben gemaakt of over experimenteerregelingen hebben nagedacht, hoorde ik hiervoor twee redenen. Ten eerste werd gezegd dat experimenteerbepalingen soms als politiek ‘smeermiddel’ worden ingezet. Als de bepaling eenmaal in de wet staat, is dat voldoende. Ten tweede – en dat geluid hoorde ik het vaakst – werd gezegd dat er vaak veel meer mogelijk blijkt binnen de kaders van de wet, dan men aanvankelijk dacht. Als het zonder experimenteerregeling kan, wordt daar de voorkeur aan gegeven.

Voorbeeld

Een voorbeeld van een experimenteerbepalingen die voldoet aan de Aanwijzingen voor de regelgeving is artikel 186 Wegenverkeerswet. Dit artikel luidt als volgt:

Artikel 186 Wegenverkeerswet

1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels wor-

33 Tijdens het schrijven van deze tekst waren er alleen experimenteerregelingen op grond van de Crisis- en herstelwet (4), de Elektriciteitswet (1), de Wet luchtvaart (6), de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (2), Wet educatie en beroepsonderwijs (5), Wet op het hoger en wetenschappelijk onderwijs (7), Wet op het primair onderwijs (1), Wet op het voortgezet onderwijs (3), Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (1). Twee experimenteerregelingen op grond van de Wegenverkeerswet waren net geëxpireerd. Gesteld kan wel worden dat vooral op het terrein van de onderwijswetgeving veel geëxperimenteerd wordt. Vgl. ook G.J. Veerman en S. Bulut, Over experimenteer- en horizonbepalingen, Den Haag 2010, p. 32 (<https://www.kcwj.nl/sites/default/files/verslag-hbepalingendef4.pdf>). Enige voorzichtigheid is overigens wel geboden. Ik heb gezocht in wetten.nl. Daarin wordt ook de gedelegeerde regelgeving bijgehouden en er wordt uiteraard naar gestreefd naar compleetheid. De ervaring leert echter dat niet gegarandeerd kan worden dat dit overzicht van gedelegeerde regelgeving volledig is.

den gesteld voor een periode van ten hoogste zes jaar ten behoeve van experimenten met:

- a. verkeerstekens en maatregelen op of aan de weg;
 - b. de eisen ten aanzien van voertuigen waarmee over de weg wordt gereden of voertuigen die op de weg staan;
 - c. de eisen ten aanzien van rijvaardigheid en rijbevoegdheid;
 - d. de eisen ten aanzien van de vakbekwaamheid van bestuurders goederen- en personenvervoer over de weg. Daarbij kan worden afgeweken van hoofdstuk II, paragraaf 2, hoofdstuk V, paragrafen 1 tot en met 6, hoofdstuk VI en hoofdstuk VIIA, paragraaf 2 van deze wet en van hoofdstuk VI van de Wet geluidhinder, alsmede van de krachtens die paragrafen of die hoofdstukken gestelde regels, een en ander met inachtneming van verdragen en van besluiten van volken rechtelijke organisaties of van één of meer instellingen van de Europese Unie, al dan niet gezamenlijk.
2. In de in het eerste lid bedoelde algemene maatregel van bestuur wordt in elk geval bepaald:
 - a. van welke van de in het eerste lid bedoelde bepalingen wordt afgeweken;
 - b. het resultaat dat met een experiment, als bedoeld in het eerste lid, wordt beoogd.
 3. Onze Minister zendt uiterlijk zes maanden voor de beëindiging van een experiment, als bedoeld in het eerste lid, een verslag over de doeltreffendheid en de effecten ervan alsmede een standpunt inzake de voortzetting anders dan als experiment, aan de beide kamers der Staten-Generaal.
 4. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat ten behoeve van de financiering van een in het eerste lid bedoeld experiment door de Dienst Wegverkeer een door deze dienst te bepalen tarief wordt geheven.

Recent zijn er experimenten gedaan op grond van twee experimenteerregelingen die hun basis hadden in artikel 186 Wegenverkeerswet. De ene regeling behelsde een experiment waarbij beginnende bestuurders van 17 jaar tot hun 18e verjaardag alleen auto mogen rijden onder begeleiding van een volwassene die in het bezit is van een begeleiderspas.³⁴

34 Tijdelijk besluit begeleid rijden (Stb. 2011, 454). De regels over het Experiment begeleid rijden vervallen per 1 november 2017.

De andere regeling behelsde een experiment waarbij personen die jonger zijn dan 21 jaar rijonderricht kunnen gaan volgen voor het besturen van een bus of touringcar en ook de theorie- en praktijkexamens vakbekwaamheid kunnen afleggen.³⁵

In beide gevallen wilde de wetgever de leeftijdsgrens dus niet meteen aanpassen, maar eerst een periode experimenteren. Bij het begeleiden rijden was dat om te beoordelen of begeleid rijden bijdraagt aan de verkeersveiligheid van jonge, beginnende bestuurders en bij de buschauffeurs wilde men onderzoeken of de instroom van jonge chauffeurs wordt vergroot als al op jongere leeftijd een opleiding tot touringcarchauffeur kunnen volgen. Veel touringcarchauffeurs gaan de komende jaren met pensioen en er zijn dus nieuwe chauffeurs nodig. Omdat scholieren al jong een keuze moeten maken voor een beroepsopleiding en de minimumleeftijd voor het besturen van bussen eenentwintig jaar is, is het moeilijk om jonge buschauffeurs te werven, zo was de veronderstelling.

De experimenten zijn geëvalueerd. Uit de evaluaties bleek dat de experimenten geslaagd zijn.³⁶ In november 2017 is bepaald dat 17-jarigen die hun rijbewijs hebben tot hun 18e onder begeleiding moeten rijden.³⁷ Voor de verlaging van de minimumleeftijd van buschauffeurs is het Reglement rijbewijzen gewijzigd.³⁸

35 Tijdelijk besluit buschauffeurs (Stb. 2010, 694). Deze regeling is per 1 januari 2017 verval-
len.

36 Hoewel het experiment met de verlaging van de minimumleeftijd van touringcarchauf-
feurs er niet toe heeft geleid dat er veel nieuwe chauffeurs zijn ingestroomd, is toch be-
sloten de minimumleeftijd te verlagen omdat de verlaging bij de jongeren die wel voor
het beroep hebben gekozen heeft bijgedragen aan de keuze voor het beroep. Over de ve-
keersveiligheid konden geen harde conclusies worden getrokken omdat er daarvoor te
weinig deelnemers aan het experiment waren. Zie Evaluatierapport Experiment verlaging
leeftijdsgrens bus- en touringcarchauffeurs [https://www.rijksoverheid.nl/documenten/
rapporten/2015/11/18/evaluatierapport-experiment-verlaging-leeftijdsgrens-bus-en-tou-
ringcar-chauffeurs](https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/11/18/evaluatierapport-experiment-verlaging-leeftijdsgrens-bus-en-tou-
ringcar-chauffeurs)).

37 Stb. 2017, 424. Deze wet is nog niet inwerking getreden.

38 Stb. 2017, 339 en 377

2.3.2 *Wie neemt er deel aan een experiment?*

Uit de experimenteergrondslagen blijkt lang niet altijd wie aan een experiment kan deelnemen. In veel gevallen wordt de volgende tekst of een variant hierop gebruikt: ‘Bij algemene maatregel van bestuur kan bij wijze van experiment, worden afgeweken van het bepaalde bij of krachtens artikel .../de artikelen...’. Uit de experimenteerregeling moet dan worden afgeleid wie er kunnen deelnemen aan het experiment. Soms, zoals bij de experimenten met het begeleid rijden en de verlaging van de minimumleeftijd voor buschauffeurs, is dat iedere burger die een bepaalde leeftijd heeft bereikt. Wie behoort tot de categorie personen voor wie de wetgever het experiment heeft bedoeld, kan zonder meer deelnemen.

Vaker kunnen alleen (enkele) uitvoeringsorganisaties, beroepsbeoefenaren of gemeenten die aan bepaalde voorwaarden voldoen, meedoen aan het experiment. Deze variant komt vooral voor bij experimenten op het terrein van het onderwijs (bijv. art. 1.7a Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en art. 11.1a Wet educatie en beroepsonderwijs) en in de Participatiewet. Zo is in artikel 83 Participatiewet bepaald dat ‘de Minister op hun verzoek gemeenten kan aanwijzen die deelnemen aan een experiment’. De zojuist genoemde grondslagen in de onderwijswetten bepalen daarentegen niets over wie er kan deelnemen aan experimenten; uit de experimenteerregelingen volgt dat het bevoegd gezag van een onderwijsinstelling een aanvraag kan indienen bij de Minister van OCW als het wil deelnemen aan een experiment (zie bijv. art. 12 Besluit experimenten flexibel hoger onderwijs, art. 3 Besluit experimenten doorlopende leerlijnen vmbo-mbo 2014-2022, art. 3 en 4 Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO, waarbij het bij laatstgenoemd Besluit ook nog eens als voorwaarde wordt gesteld dat het bevoegd gezag van een school elke concrete afwijking afzonderlijk moet melden aan de minister). Uit deze voorbeelden volgt dat ‘gemeenten’ of ‘onderwijsinstellingen’ ervoor kunnen kiezen om deel te nemen aan een experiment. Bedacht moet echter worden dat ook de burgers in de gemeente die meedoet aan het experiment c.q. de leerlingen of studenten die onderwijs volgen aan de onderwijsinstelling, geraakt kunnen worden door de deelname van de gemeente of onderwijsinstelling aan het experiment. De vraag rijst of ze dit weten dan wel zouden moeten weten. Gesteld kan worden gezegd dat zij – indirect – ook als deelnemer aan het experiment moeten worden beschouwd.

2.3.3 *Waarmee mag worden geëxperimenteerd?*

Zoals de aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven staat in de meeste experimenteergrondslagen netjes ‘op welke onderdelen de mogelijkheid tot afwijking betrekking heeft’. De meeste experimenteergrondslagen duiden de artikelen of onderdelen daarvan, waarvan bij wege van experiment kan worden afgeweken, nauwkeurig aan. De ene keer zijn het meer bepalingen dan de andere keer. Sommige wetten echter bevatten een aanduiding die erop neerkomt dat in het kader van een experiment werkelijk alles mag. Zo bepalen de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet sinds 2012 dat ‘kan worden afgeweken van het bepaalde bij of krachtens deze wet’.³⁹ Nog bonter maakt art. 2.4 Crisis- en herstelwet het. Daarin is bepaald dat ‘bij wege van experiment (kan, toevoeging rj) worden afgeweken van’ wel twaalf (!) wetten (bijv. de Wet bodembescherming, de Wet geluidhinder en het grootste deel van de Wet milieubeheer) als ‘het experiment bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en voldoende aannemelijk is dat uitvoering ervan bijdraagt aan het bestrijden van de economische crisis en aan de duurzaamheid’. Nu Nederland uit de financiële crisis is (dat meldde althans het Centraal Planbureau in 2016) zouden de experimenten in de amvb’s die op grond van art. 2.4 Chw tot stand komen (dus) alleen nog maar betrekking moeten hebben op duurzaamheid.⁴⁰

39 Deze experimenteerbepalingen zijn tijdens de parlementaire behandeling bij amendement aan het wetsvoorstel toegevoegd (Kamerstukken II 32 814, nr. 12, 17, 18, 20 en 21, Handelingen TK 2011/12, 56). De Raad van State heeft er niet over geadviseerd. Het kamerlid dat het amendement indiende lichtte tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel toe dat het amendement de wet prepareert op de toekomst en dat het een ‘regelvrije ruimte regelt bij amvb’ (Handelingen TK 2011/12, 55, p. 10). De Minister van EZ ontried het amendement eerst omdat hij vond dat eerst onderzocht moest worden welke ruimte burgers en bedrijven nu precies nodig hebben en omdat hij alle betrokkenen, zoals netbeheerders, collectieve energieleveranciers en de Consumentenbond, er eerst over wilde consulteren (Handelingen TK 2011/12, 55, p. 16), maar liet het later aan het oordeel van de kamer.

40 Vgl. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1304.

2.3.4 *De vormgeving van experimenteerregelingen*

In paragraaf 2.2 werd vermeld dat Aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven dat de *experimenteerregeling* in de vorm van een algemene maatregel van bestuur moet worden gegoten (aanwijzing 2.41 lid 2) en dat in deze amvb zelf moet worden vermeld van welke artikelen of onderdelen van artikelen van de wet wordt afgeweken (aanwijzing 2.41 lid 3 Ar). Als gezegd is de passage over parlementaire betrokkenheid bij experimenteerregelingen in de nieuwe versie van de Aanwijzingen voor de regelgeving – zonder verdere toelichting – geschrapt.

Nu was deze passage in de toelichting naar mijn mening wel enigszins curieus te noemen. Zij luidde als volgt: 'Indien een experimentele regeling van de wet afwijkende regels kan bevatten, ligt parlementaire betrokkenheid bij een dergelijke regeling in de rede. Daarvoor wordt bij voorkeur de figuur van de gecontroleerde delegatie gebruikt (zie de aanwijzingen 36 en 37).' Omdat de experimenteerregelingen waar de oude aanwijzing 10a op zag, per definitie van de wet afwijkende regels bevatten, volgde uit de toelichting in wezen dus nog een derde eis: experimenteerregelingen moeten worden voorgehangen bij het parlement. Ondanks de enigszins curieuze formulering vind ik het opvallend dat deze 'eis' min of meer geruisloos uit de aanwijzingen is verdwenen. Veel experimenteergrondslagen bevatten in het verleden zelf al een verplichting om op basis daarvan opgestelde experimenteerregelingen voor te hangen. In de praktijk stelde het parlement ook vaak (kritische) vragen naar aanleiding van een voorgehangen concept-amvb.⁴¹ Gaan de opstellers van de tiende wijziging van de aanwijzingen ervan uit dat de zin overbodig was omdat er in veel experimen-

41 Art. 82a lid 7 Wet SUWI, art. 83 lid 6 Participatiewet, art. 1.7a lid 2 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, art. 36a lid 7 Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg, art. 2 Wet educatie en beroepsonderwijs, art. 7a lid 5 Elektriciteitswet, art. 176k lid 8 Wet op het primair onderwijs, art. 130 lid 5 Werkloosheidswet, art. 3 lid 2 Wet personenvervoer 2000, art. 2 lid 2 Wet toelating zorginstellingen, art. 3.65 lid 5 Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, art. 80a lid 2 Beginselenwet justitiële inrichtingen, art. 1i lid 5 Gaswet, art. 171 lid 8 Wet op de expertisecentra en art. 10.1.1 lid 3 Wet langdurige zorg. Aardig om te noemen in dit verband is art. 8.23a Wet luchtvaart.

teergrondslagen toch wel een verplichting wordt opgenomen om nieuwe experimenteerregelingen voor te hangen of vindt men voorhang niet meer nodig? Het is mij niet duidelijk.

Daarnaast moet in ieder geval in de toelichting van de experimenteerregeling worden aangegeven hoe de evaluatie van het experiment plaatsvindt, maar als de experimenteerregeling zelf een evaluatieverplichting bevat, dan moet daarvoor de modelbepaling worden gebruikt die in het tweede lid van aanwijzing 2.42 staat. Meer vragen de Aanwijzingen voor de regelgeving niet, de regering beschikt dus over een grote vrijheid bij het vormgeven van de experimenteerregelingen.

Door die grote vrijheid hoeft het niet te verbazen dat de inhoud van alle experimenteerregelingen rijk geschakeerd is. Een bespreking van alle experimenteerregelingen in deze paragraaf zou veel te ver voeren. Daarom zijn hier slechts enkele meer algemene zaken met betrekking tot de experimenteerregelingen genoemd.

2.3.5 Na afloop van het experiment: hoe vaak volgt er een wetswijziging?

De experimenten waarvoor de experimenteergrondslagen en -regelingen in het leven zijn geroepen hebben als doel om ‘proefondervindelijk vast te stellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem’.⁴² De vraag rijst dan ook hoe vaak na afloop van een experiment wordt geconcludeerd dat het experiment inderdaad een dergelijke bijdrage leverde en dat de wet daarom gewijzigd moet worden. Over nog lopende experimenten kan op dit moment uiteraard nog niets worden gezegd. De eerdergenoemde experimenten met het begeleid rijden en de verlaging van de leeftijdsgrens van touringcarchauffeurs zijn onlangs afgerond en hebben er als gezegd toe geleid dat de regels inderdaad zijn aangepast.⁴³ Andere afgeronde experimenten zijn:

⁴² Zie toelichting op aanwijzing 2.41 Ar.

⁴³ Zie paragraaf 2.3.1.

1. Tijdelijk besluit bevordering arbeidsinschakeling alleenstaande ouders WWB⁴⁴: Niet geleid tot wetswijziging.⁴⁵
2. Besluit experiment integraal dagarrangement⁴⁶: Dit experiment is recent afgerond en wordt nog geëvalueerd.
3. Besluit experimenten SUWI⁴⁷: Er is een evaluatie uit 2005 naar aanleiding van enkele experimenten door CWI's.⁴⁸ Deze hebben tot wetswijziging geleid.⁴⁹
4. Tijdelijk besluit van werk naar werk⁵⁰: Eindrapportage op 17 januari 2013 ingediend bij de Tweede kamer. Geen wetswijziging.⁵¹
5. Besluit personenvervoer 2000⁵²: Geen evaluatie gevonden.⁵³

44 Stb. 2008, 351. Besluit gold van 5 september 2008 tot 1 januari 2012.

45 Er valt veel te zeggen over dit besluit, maar het voert te ver om dat op deze plaats te doen. Zie voor meer informatie het eindrapport: Kamerstukken II 20544, nr. 342.

46 Stb. 2012, 412. Besluit gold van 21 september 2012 tot 13 mei 2017.

47 Stb. 2004, 132. Besluit gold van 7 april 2004 tot 7 april 2009.

48 Bijlage bij Kamerstukken II 2005/06, 26 448, nr. 259.

49 Dit leid ik af uit een brief van de staatssecretaris van SZW, waarin hij schreef: 'Zo is een aantal SUWI-experimenten uitgevoerd waarin onder andere de A/B-routering is beproefd. Omdat de regelgeving SUWI op dit punt inmiddels is gewijzigd, beschouwen wij deze experimenten als afgerond. Nu komt het aan op de landelijke invoering van de succesvolle werkwijzen.' Zie kamerstukken 2007/2008, 26 448, 350, p. 4. Welke regelgeving er precies is aangepast en of dat kwam door het experiment of door andere redenen, heb ik echter niet kunnen achterhalen.

50 Stb. 2010, 699. Besluit gold van 1 oktober 2010 tot 1 oktober 2015.

51 Kamerstukken II 2013/14, 29 544, 433 (Bij nadere bestudering leek dit besluit vooral een subsidieregeling waarmee experimenten werden gefinancierd en waarbij mocht worden afgeweken van bepaalde artikelen uit de WW en de Wet werk en bijstand. In de evaluatie wordt niet teruggekomen op de vraag of er in het kader van de experimenten daadwerkelijk is afgeweken van wettelijke bepalingen.).

52 Stb. 2000, 563. Experimenteerbepaling (art. 72) gold van 1 januari 2001 tot 6 april 2005.

53 De experimenteerbepaling werd ingetrokken toen de financieringssystematiek van regionale verkeer- en vervoersprojecten wijzigde. De Minister kende de vergoeding voortaan rechtstreeks toe aan de regionale overheden. Zij konden het geld naar eigen inzicht besteden. Aan de experimenteerbepaling was toen kennelijk geen behoefte meer. In de nota van toelichting is er in ieder geval geen aandacht aan geschonken (zie Stb. 2005, 173).

2.3.6 *Variant: de experimentenwet*

Ondanks dat de Aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven dat er dient te worden geëxperimenteerd door middel van delegatie, bestaan er naast de in de vorige paragraaf besproken experimenteerbepalingen, die ik in het navolgende voor het gemak aanduid als ‘klassieke experimenteerbepalingen’, ook zgn. ‘experimentenwetten’. Een experimentenwet is een wet in formele zin die niet alleen een experiment of experimenten mogelijk maakt, maar die ook de kaders bepaalt waarbinnen experimenten moeten plaatsvinden en zo nodig ge- en verboden geeft. Het belangrijkste verschil met de ‘klassieke experimenteerbepaling’ is dus dat er geen algemene maatregel van bestuur wordt opgesteld. Een experimentenwet is in wezen de experimenteergrondslag en de experimenteerregeling ineen. Het eerdergenoemde rapport ‘Het proberen waard’ vermeldde reeds dat ‘voor de vaststelling van een experimenteerwet onder meer reden [is, toevoeging RJ] als de te treffen experimenten een ingrijpend karakter hebben en derhalve gelet op de aard van de materie delegatie niet in aanmerking komt’.⁵⁴ Waarom de experimenteerwet niet wordt genoemd in de Aanwijzingen voor de regelgeving is mij niet duidelijk geworden. Naar mijn idee had het voor de hand gelegen deze vorm wel in de Aanwijzingen te noemen als een handreiking aan de wetgevingsjurist.

Voor zover ik weet gelden er op dit moment drie experimenteerwetten: De Tijdelijke experimentenwet stembiljetten en centrale stemopneming⁵⁵, de Experimentenwet onderwijs⁵⁶ en de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing.⁵⁷ In het verleden hebben er ook andere experimentenwetten bestaan (bijv. de al genoemde Tijdelijke wet pilot loondispensatie, de Experimentenwet BGV-zones⁵⁸ en de Experimentenwet Stad en Milieu⁵⁹) en er zijn ook nog experimentenwetten in

54 ‘Het proberen waard’, Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, p. 19.

55 Stb. 2013, 240. Inmiddels is de werkingsduur van deze wet verlengd: Stb. 2017, 180.

56 Stb. 1970, 370.

57 Stb. 2005, 222.

58 Stb. 2009, 165.

59 Stb. 1998, 684.

voorbereiding (bijv. de Experimentenwet gemeenten⁶⁰ en de Experimentenwet strafrecht⁶¹). Opvallend is nog dat de Tijdelijke experimentenwet stembiljetten en centrale stemopneming een horizonbepaling bevat en dat de geldigheidsduur onlangs is verlengd, de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing een ‘expiratieartikel’⁶², terwijl de Experimentenwet onderwijs hier niets over bepaalt.

De Tijdelijke experimentenwet stembiljetten en centrale stemopneming maakt het mogelijk om te experimenteren met een nieuw model stembiljet voor kiezers buiten Nederland en met een centrale opzet van de stemopneming. Op het stembiljet en de stemopneming is de Kieswet van toepassing. De Kieswet bevat geen experimenteerbepaling als bedoeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving, die kon worden gebruikt voor dergelijke experimenten. Dit wetsvoorstel biedt de grondslag om bij wijze van experiment op onderdelen af te wijken van de geldende regels en procedures van de Kieswet, teneinde het ontwikkelen van een nieuw beleid rondom het stembiljet en de telling mogelijk te maken, aldus de memorie van toelichting.⁶³ Op de noodzaak om te experimenteren wordt in paragraaf 4 van de memorie van toelichting uitvoerig ingegaan. Geen woorden worden evenwel gewijd aan de keuze voor een experimentenwet. De reden zal zijn gelegen in artikel 59 Grondwet. Dat artikel bepaalt: “Alles, wat verder het kiesrecht en de verkiezen betreft, wordt bij de wet geregeld.”. Hoewel voor deskundigen evident, had een zinnetje hierover in de memorie van toelichting mijns inziens niet misstaan.

Dan de Experimentenwet onderwijs en de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing. In de considerans van de eerstgenoemde wet staat (onder meer) dat ‘het voor de ontwikkeling van het onderwijs wenselijk is een regeling te treffen op grond waarvan onderwijskundige

60 De Minister van BZK maakte op 19 februari 2018 bekend dat de Experimentenwet gemeenten niet zou worden ingediend (Kamerstukken II 2017/18, 34 775 VII, nr. 53).

61 Kamerstukken II 2017/18, 29 279, nr. 395, p. 3.

62 Aanvankelijk luidde dit: Deze wet wordt ingetrokken met ingang van 2 september 2007. Nu luidt het: Deze wet wordt met uitzondering van de artikelen 18 en 19 ingetrokken op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Waarom geen van de modellen van Ar 181 is gebruikt, is me niet duidelijk geworden.

63 Kamerstukken II, 2012/13, 33 573, nr. 3, p. 8.

experimenten kunnen worden gehouden die vallen buiten de kaders van de afzonderlijke onderwijswetten'. Deze wet trad in 1970 in werking, lang voordat de Aanwijzingen voor de regelgeving iets bepaalden over experimenteerbepalingen dus. In de memorie van toelichting bij deze wet (1 pagina!), is niet uiteengezet waarom men koos voor een experimentenwet. Wel wordt uit deze toelichting duidelijk dat de Experimentenwet Onderwijs is voorafgegaan door een eerdere wet die wordt aangeduid als 'de zgn. Experimentenwet'⁶⁴: de Wet van 14 februari 1963 (Stb. 74) tot het verlenen van grotere vrijheid van inrichting van het onderwijs. In de memorie van toelichting bij laatstgenoemde wet werd wel ingegaan op de vraag waarom er behoefte bestond aan de mogelijkheid te experimenteren, maar (vanzelfsprekend) niet waarom er voor een experimentenwet is gekozen:

'Moge de mening omtrent tekortkomingen van het onderwijs vrij algemeen zijn, een communis opinio omtrent dat wat zal moeten gebeuren teneinde het onderwijs geheel op de hoogte van de tijd te brengen bestaat geenszins; integendeel, de meningen over dit vraagstuk zijn zeer verdeeld. (...) Die onzekerheid en verdeeldheid hebben de tendens alle voortgang te remmen. Om daaraan te ontkomen, zal naar de mening van ondergetekende het doen van verantwoorde onderzoekingen – zowel theoretische als praktische – moeten worden gestimuleerd, opdat een beter inzicht en meer ervaring worden verkregen. (...) Het wetsontwerp beoogt daarom in het bijzonder de belemmeringen weg te nemen tot het doen van onderzoekingen in de verwachting, dat deze reeds op korte termijn een bijdrage tot de verbetering van het onderwijskunnen leveren.'⁶⁵

Navraag bij het Ministerie van OCW leerde dat er weinig experimenten plaatsvinden op grond van de Experimentenwet onderwijs.⁶⁶ Een recent

64 Kamerstukken II 1969/70, 10 321, nr. 3, p. 1.

65 Kamerstukken II 1957/58, 4946, nr. 3, p. 1.

66 Er zijn enkele zaken geweest over scholen die zichzelf aanmerkten als een experimentele school onder de Experimentenwet onderwijs, maar dat is in strijd met die wet (zie bijv. Rb. Noord-Holland 13 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1470, ECLI:NL:RBNHO:2014:1473. De Minister van OCW stuurde hierover een brief aan de Tweede Kamer: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/nds-tk-2014D13519>. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 19 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2829, ECLI:NL:RBMNE:2013:2830, ECLI:NL:RBMNE:2013:2835, ECLI:NL:RBMNE:2013:2837, ECLI:NL:RBMNE:2013:2838).

voorbeeld is het experiment op de Jan Ligthartschool in Westerbroek. Daar startte in augustus 2017 een experiment dat als doel heeft om een concept te toetsen waarbij dorpsbewoners actief worden betrokken bij het onderwijsproces.⁶⁷ Daarnaast kan het zgn. early birdprogramma worden genoemd.⁶⁸ Dit programma werd op 66 Rotterdamse scholen aangeboden en hield in dat 15% van de onderwijstijd het Engels de voertaal was. Op grond van art. 9 Wet op het primair onderwijs is Nederlands de voertaal in het primair onderwijs, maar het early birdprogramma was een proef op basis van de Experimentenwet onderwijs. Aangezien er inmiddels in vele andere onderwijswetten een klassieke experimenteerbepaling is opgenomen, waaronder ook de Wet op het primair onderwijs, dringt de vraag zich op of de Experimentenwet onderwijs nog wel nodig is.

Ook bij de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing, heeft de wetgever nagelaten uit te leggen waarom er werd gekozen voor een wet. Dat is opvallend omdat de Aanwijzingen voor de regelgeving over experimenteren (toen 10a en 10b, nu 2.41 en 2.42 Ar) en de Experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing min of meer tegelijkertijd in werking traden en dus in dezelfde periode zijn voorbereid.⁶⁹ Bovendien was ook het eerder genoemde rapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad uit 2000 al een tijdje openbaar en dat rapport vermeldde dat ‘voor de vaststelling van een experimenteerwet onder meer reden [is, toevoeging RJ] als de te treffen experimenten een ingrijpend karakter hebben en derhalve gelet op de aard van de materie delegatie niet in aanmerking komt’.⁷⁰

Deze paragraaf ging over een variant op de experimenteerbepalingen uit Aanwijzingen voor de regelgeving, te weten de experimenteerwet. Voor

67 <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2017D16313&did=2017D16313>.

68 Rb. Rotterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX2195.

69 De experimentenwet vooropleidingseisen, selectie en collegegeldheffing werd in het Staatsblad gepubliceerd op 29 april 2005 (Stb. 2005, 222) en de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving over experimenteerbepalingen in de Staatscourant van 9 mei 2005 (Stcrt. 2005, 87).

70 ‘Het proberen waard’, Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, p. 18-19: https://www.kcwj.nl/sites/default/files/Experimenteerbepalingen__Het_proberen_waard.pdf

deze variant wordt gekozen als de te treffen experimenten een ingrijpend karakter hebben zodat gelet op de aard van de materie delegatie niet in aanmerking komt. Aan het slot gekomen van deze paragraaf wil ik nog even terugkomen op de eerste paragraaf van dit hoofdstuk omdat ook daar wetten werden genoemd over experimenten die een ingrijpend karakter hebben: wetgeving over proeven met mensen en dieren. Ook in die wetgeving is van delegatie (uiteraard) geen sprake. Dat zal te maken hebben met de uitvoerders van de experimenten: initiatiefnemers tot de experimenten met mensen en dieren moeten een vergunning aanvragen om het experiment te mogen uitvoeren. Interessant is dat bij de beoordeling van deze vergunningaanvragen (deskundigen)commissies betrokken zijn waarin ook personen zitten die expertise hebben op het gebied van (medische) ethiek, methodologie van wetenschappelijk onderzoek of statistiek, of die de aanvraag beoordelen op bepaalde specifieke aspecten zoals het perspectief van de proefpersoon of het houden en verzorgen van dieren van de soort die wordt gebruikt voor het onderzoek. Wat opvalt is dat bij geen van de verder in dit hoofdstuk behandelde experimenteerbepalingen en -wetten dergelijke toetsings- of beoordelingscommissies betrokken zijn, terwijl dat voor sommige experimenten wellicht nuttig zou kunnen zijn. Ik kom hier later nog op terug.

3. Experimenteren anno 2018: ontwikkelingen en trends

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien hoe er tot nu toe in het wetgevingsbeleid wordt aangekeken tegen het fenomeen experimenteren en gaf ik een aantal voorbeelden van wat ik heb genoemd *klassieke* experimenteerbepalingen en daarop gebaseerde experimenteerregelingen. De meesten waren vormgegeven conform de Aanwijzingen voor de regelgeving. Een uitzondering vormden de experimenten*wetten* die, in afwijking van de Aanwijzingen voor de regelgeving, zelf de experimenteergrondslag en -regeling ineen waren, maar die voor het overige voldoen aan de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Ondanks hun vormgeving als klassieke experimenteerbepaling, lijken sommige van deze bepalingen toch niet (altijd) te worden gebruikt om proefondervindelijk vast te stellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem, maar veeleer om een bepaald instrument vooruitlopend op de totstandkoming en inwerkingtreding van nieuwe wetgeving waarmee dat instrument wordt ingevoerd, alvast op een kleinere schaal in te voeren. In wezen is er in een dergelijk geval ook sprake van experimenteren⁷¹, want het nieuwe instrument wordt alvast uitgetest, maar niet met het doel om na afloop van het experiment te kunnen beslissen of het nieuwe instrument al dan niet moet worden ingevoerd, maar veeleer om te ontdekken of het nieuwe instrument wel werkt en of de in voorbereiding zijnde wetgeving eventueel nog wat moet worden bijgesteld. In paragraaf 3.2 zal ik enkele van zulke voorbeelden verder uitwerken. Daarnaast zal ik in dit hoofdstuk ingaan op enkele andere trends die in verband worden gebracht met experimenteerwetgeving. Ten eerste de trend om in zogenaamde ‘living labs’, broedkamers, ‘regulatory sandboxes’ en wat dies

71 En zo zag het IWB het ook in 2000, toen het schreef: ‘Bij experimenten kan het tevens gaan om het opdoen van ervaring met de uitvoering van een regeling door de betrokken overheidsorganisatie, alvorens deze eventueel algemeen wordt ingevoerd.’ (Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, ‘Het proberen waard’, 2000, p. 18).

meer zij, onderzoek te doen naar de mogelijkheden om nieuwe technologie te gebruiken bij de ontwikkeling en uitvoering van overheidsbeleid. Ten tweede de trend om burgers c.q. de maatschappij de gelegenheid te bieden om zelf met betere oplossingen te komen, ook wel ‘right to challenge’ genoemd of hun werk te doen met minder regels (‘regelluw’).

3.2 Recente experimenteerbepalingen

3.2.1 *Klassieke experimenteerbepaling of gefaseerde inwerking-treding?*

Deze paragraaf bevat twee voorbeelden van experimenteerbepalingen die zijn vormgegeven zoals voorgeschreven in de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar die in de praktijk zijn of worden gebruikt om vooruitlopend op de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving ervaring op te doen.

Experimenteerbepaling voor digitaal procederen

In de rechtspraak vindt een grootschalige digitaliseringsoperatie plaats; het is de bedoeling dat over een paar jaar iedereen digitaal een rechtszaak bij de bestuursrechter of de civiele rechter kan starten en alle administratieve handelingen die daarmee gepaard gaan digitaal kan afwickelen.⁷² Om dit mogelijk te maken is de afgelopen jaren een digitaal systeem gebouwd. Daar kon het echter niet bij blijven. Er moest ook de nodige wetgeving worden aangepast omdat de oude wetgeving zich soms letterlijk verzette tegen het digitaal indienen van processtukken. Er stond bijvoorbeeld in de wet dat bepaalde stukken per post moesten worden ingediend en andere per aangetekende post. Deze obstakels moesten worden opgeruimd voordat er digitaal kon worden geprocedeerd. Bovendien moesten nieuwe vragen, die juist waren gerezen door de invoering van het digitale procederen, worden

72 Ook in het strafrecht vindt een grootschalige digitaliseringsoperatie plaats. Meer informatie hierover is te vinden op: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/>. Over experimenteerwetgeving wordt eveneens nagedacht. In zijn Leidse oratie hield collega Marc Kessler hiervoor reeds een pleidooi: Audiovisuele verslaglegging in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering, BJu 2016.

beantwoord en moesten er in dat kader voor sommige zaken nieuwe wettelijke voorzieningen worden getroffen. Zo moest er bijvoorbeeld worden geregeld wanneer een digitaal bij de rechter ingediend stuk wordt geacht te zijn ontvangen en wanneer een stuk dat de rechter in het digitale systeem zet voor partijen, wordt geacht te zijn verzonden.

Het is van groot belang om voor de ‘live-gang’ van een nieuw computersysteem proef te draaien, zodat er zo nodig dingen kunnen worden bijgesteld.⁷³ In het voorjaar van 2015 is daarmee begonnen in een deel van de bestuursrechtelijke zaken, te weten asiel- een bewaringszaken. Advocaten konden op vrijwillige basis digitaal procederen. Ook de IND, die verweerder is in deze zaken, procedeerde digitaal⁷⁴ Dit proefdraaien met het nieuwe systeem kon in het bestuursrecht zonder enige wetswijziging plaatsvinden, omdat het bestaande artikel 8:40a Awb elektronisch verkeer met de bestuursrechter reeds mogelijk maakte.⁷⁵ Maar aan alleen proefdraaien met bestuursrechtelijke zaken had de rechtspraak uiteraard niet genoeg. Ook met civiele zaken moest kunnen worden proefgedraaid. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevatte echter nog niet een met artikel 8:40a Awb vergelijkbare bepaling en ook overigens bood dit wetboek geen ruimte om proef te draaien met het nieuwe computersysteem. Daarom werd in de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht⁷⁶ een artikel opgenomen dat regelt dat voor bepaalde civiele procedures ‘bij wijze van experiment’ alvast kon worden vooruitgelopen op de Wet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht (Stb. 2016, 88). Dit artikel luidde als volgt:

73 Zie ook parlementair onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid (Commissie Elias), kamerstukken II 2014/15, 33 326, nr. 5, p. 121 en 124.

74 Kamerstukken II, 2016/17, 29 279, nr. 355, p. 3.

75 Sinds 2010: Stb. 2010, 173. Met ingang van 12 juni 2017 is digitaal procederen in asiel- en bewaringszaken verplicht (Stb. 2017, 174). In de testfase, die liep vanaf het voorjaar van 2015 tot aan de inwerkingtreding van de verplichting, is in meer dan 7000 zaken digitaal geprocedeerd. Meer dan 60% van de vreemdelingenadvocaten had voor de inwerkingtreding van de verplichting, een of meerdere keren ervaring opgedaan met digitaal procederen in het nieuwe systeem van de rechtspraak.

76 Stb. 2016, 290, zie voor de toelichting op het artikel: Kamerstukken II, 2015/16, 34 212, nr. 7.

ARTIKEL CIXa

Bij wijze van experiment kan in afwijking van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toepassing worden gegeven aan het bepaalde bij en krachtens de wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (Stb. 2016, 288) alsmede aan deze wet, mits:

- a. het vorderingsprocedures voor de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland betreft waarbij partijen niet in persoon kunnen procederen,
- b. de betrokken partijen en advocaten schriftelijk instemmen met deze afwijking,
- c. het zaken betreft waarvan de rechtsgevolgen ter vrije bepaling van partijen staan, en
- d. de zaken na de datum van inwerkingtreding van dit artikel voor het eerst bij de rechtbank worden aangebracht.

Als gezegd, spreekt het voor zich dat de rechtspraak het nieuwe digitale systeem in de praktijk wil uittesten, voordat het verplicht wordt om digitaal te procederen. In vergelijking met de in hoofdstuk 2 besproken ‘klassieke experimenteerbepaling’, gaat het bij dit artikel CIXa wel om een heel ander soort van ‘experimenteren’. Qua vormgeving doet artikel CIXa erg denken aan een ‘klassieke experimenteerbepaling’ zoals door de Aanwijzingen voor de regelgeving voorgeschreven. Een belangrijk verschil met een ‘klassieke experimenteerbepaling’ is echter dat het er bij dit artikel helemaal niet om gaat dat ‘proefondervindelijk wordt vastgesteld of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem’.⁷⁷ Integendeel, het uitgangspunt van de wetgever was hier juist dat digitaal procederen beter is dan op papier procederen en het artikel maakte het mogelijk dat het computersysteem dat is ontworpen om digitaal te kunnen procederen, alvast kon worden getest.⁷⁸ In wezen was hier sprake van gefaseerde inwerkingtreding: de

⁷⁷ Zie toelichting artikel 2.41 Ar (of 10b oud).

⁷⁸ Het artikel is per 1 september 2017 feitelijk uitgewerkt omdat het met ingang van die datum verplicht is om digitaal te procederen in de zaken waarop dit artikel betrekking heeft. Op grond van Aanwijzing 228 Ar zou het artikel het best kunnen worden ingetrokken.

nieuwe wetgeving trad alvast in werking voor een beperkt deel van de zaken en onder strikte voorwaarden.

Experimenteerbepaling ter bestrijding van de economische crisis en bevordering duurzaamheid

Een ander voorbeeld biedt artikel 2.4 Chw. Dit artikel luidt als volgt:

Artikel 2.4 Crisis- en herstelwet

1. Bij algemene maatregel van bestuur op de voordracht van Onze Minister van Infrastructuur en Milieu, in overeenstemming met Onze Minister of Onze Ministers wie het mede aangaat, kan, met inachtneming van bindende besluiten van de Raad van de Europese Unie, van het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk of van de Europese Commissie, bij wege van experiment worden afgeweken van het bepaalde bij of krachtens:
 - a. de Elektriciteitswet 1998 voor zover dat geen gevolgen heeft voor de opbrengst van de energibelasting, bedoeld in de Wet belastingen op milieugrondslag;
 - b. de Warmtewet;
 - c. de Waterwet, met uitzondering van hoofdstuk 5, artikel 6.5, aanhef en onder c, juncto paragraaf 2 van hoofdstuk 6;
 - d. de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht;
 - e. de Wet ammoniak en veehouderij;
 - f. de Wet bodembescherming;
 - g. de Wet geluidhinder;
 - h. de Wet geurhinder en veehouderij;
 - i. de Wet inzake de luchtverontreiniging;
 - j. de Wet milieubeheer met uitzondering van artikel 5.2b en titel 5.2;
 - k. de Wet ruimtelijke ordening;
 - l. de Woningwet.
2. Er kan uitsluitend toepassing worden gegeven aan het eerste lid indien het experiment bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en voldoende aannemelijk is dat uitvoering ervan bijdraagt aan het bestrijden van de economische crisis en aan de duurzaamheid.
3. Bij de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het eerste lid, wordt bepaald:
 - a. welke afwijking of afwijkingen van de betrokken in het eerste lid genoemde wet of wetten is of zijn toegestaan;

- b. de ten hoogste toegestane tijdsduur van die afwijking of afwijkingen, en
- c. de wijze waarop wordt vastgesteld of een afwijking aan haar doel beantwoordt, en of de tijdsduur daarvan aanpassing behoeft.⁷⁹

Op grond van dit artikel kwam het Besluit uitvoering CHW (hierna: Bu CHW) tot stand. In dit besluit worden telkens de gevallen aangewezen waarin ‘bij wege van experiment kan worden afgeweken’ van de in het eerste lid genoemde wetten. Daarbij wordt vermeld van welke specifieke bepalingen van welke wetten er bij wijze van experiment mag worden afgeweken. In het oorspronkelijke besluit stonden 4 experimenten: een experiment voor de bouw in enkele gemeenten van mini-windturbines zonder dat er daarvoor een rijks- of provinciaal toetsingskader is, twee experimenten in Leeuwarden (bouw van een eco-iglo om wonen en werken op en aan het water mogelijk te maken en bouw van zuigercompressor-windturbinecombinaties ten behoeve van klimaatbeheersing en ammoniakreductie in melkveehouderijen en waterwinning uit de lucht) en een experiment met tijdelijke ont-heffingen van o.a. milieueisen om een voormalig industrieterrein in Eindhoven te herontwikkelen.

Sinds de inwerkingtreding van het Bu CHW is het al vele malen aangevuld.⁸⁰ In 2014 vulde de Minister van (toen) IenM het Bu CHW aan met het zogenaamde ‘bestemmingsplan met bredere reikwijdte’ (hierna: ‘BmBR’).⁸¹ Negen gemeenten kregen de kans om te gaan ‘ex-perimenteren’ met een BmBR. Tegelijkertijd werd er door de minister gewerkt aan een nieuwe Omgevingswet.⁸² In deze wet komt het be-stemmingsplan zoals dat nu nog bestaat niet meer terug, maar wordt het verbreed tot een zogenaamd omgevingsplan. Het BmBR is in wezen niets anders dan zo’n nieuw omgevingsplan en de gemeenten

⁷⁹ Onderstrepingen door mij toegevoegd.

⁸⁰ Deze aanvullingen worden aangeduid met de term ‘tranche’. Inmiddels zijn er vijftien tran-ches. Een ontwerp-amvb voor de zestiende tranche is in juni 2017 ingediend bij de Tweede Kamer en is nog in voorbereiding (Kamerstukken II 2016/17, 32 127, nr. 223).

⁸¹ Stb. 2014, 168.

⁸² Sinds het aantreden van het kabinet Rutte III wordt de Omgevingswet voorbereid door de Minister van BZK.

die ermee ‘experimenteren’ testen de nieuwe regels dus voordat ze in werking treden.⁸³

Overigens heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aan enkele artikelen van het BU CHW in 2016 verbindende kracht ontzegd. Art. 7c Bu CHW, dat betrekking heeft op het BmBR, ontbeerde naar het oordeel van de Afdeling verbindende kracht omdat het in strijd was met art. 2.4 lid 3, aanhef en onder b, CHW. Art. 2.4 lid 3, aanhef en onder b Chw bepaalt dat in de amvb de ten hoogste toegestane tijdsduur moet worden vermeld gedurende welke mag worden afgeweken van de betrokken bepalingen. In art. 7c Bu CHW ontbrak een dergelijke maximaal toegestane tijdsduur.⁸⁴ Ook Art. 7k Bu CHW ontbeerde naar het oordeel van de Afdeling verbindende kracht omdat het in strijd is met art. 2.4 lid 3, aanhef en onder b, CHW en ook ontbrak een ten hoogste toegestane tijdsduur gedurende welke mocht worden afgeweken van de betrokken bepalingen.⁸⁵ Snel na deze uitspraken zijn de gebreken hersteld.⁸⁶

Deze twee voorbeelden laten zien dat experimenteerbepalingen ook wel worden ingezet om vooruitlopend op de inwerkingtreding (KEI) of zelfs de totstandkoming (Omgevingswet) van nieuwe regelgeving

83 Een ander voorbeeld waar iets vergelijkbaars speelde, zijn de experimenten die zijn gedaan in het kader van de vernieuwing van de kwaliteitsborging voor het bouwen die aan het Bu CHW zijn toegevoegd bij de elfde tranche tot uitbreiding van het Bu CHW (Stb. 2016, 276). Zie hierover de bijdrage van A.R. Neerhof aan de Staatsrechtconferentie 2016: Bouwcontrole overlaten aan private partijen: goed idee?.

84 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:201, AB 2016/120, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Overigens hebben appellanten in deze zaak ook betoogd dat er in wezen van experimenten geen sprake is ‘omdat het plan daarvoor te verstrekkend is en er geen mogelijkheid is om hij te sturen.’ Ook levert het geen bijdrage aan de bestrijding van de economische crisis (zie onder 7). De Afdeling ziet in deze argumenten geen aanleiding voor het oordeel dat er geen sprake is van een experiment (zie onder 7.4).

85 ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:399, BR 2016/47, m.nt. R.S. Wertheim. Deze uitspraak had geen betrekking op het BmBR. Art. 7k Bu CHW heeft betrekking op het Logistiek Park Moerdijk.

86 Zie Stb. 2016, 252. Vgl. voorts: ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2579 en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1304.

alvast ervaring op te doen. Voor zover het gaat om het testen van een computersysteem dat speciaal gebouwd is met het oog op de nieuwe manier van procederen, lijkt me dit overigens noodzakelijk en is het ook wel jammer te noemen dat er een experimenteerbepaling nodig was om proef te kunnen draaien met civiele zaken. Aardig is in dit verband dat het niet verplicht was om deel te nemen aan het experiment. Wie er niet voor voelde, kon nog gewoon op papier procederen. Ook bij het BmBR c.q. het omgevingsplan is de wens om ervaring op te doen goed te begrijpen. Het feit dat de Crisis- en herstelwet een experimenteerbepaling bevatte was in wezen een gelukkige omstandigheid. Was dit artikel er niet geweest, dan had er voor dat doel nog een speciale experimenteergrondslag in het leven moeten worden geroepen. Een belangrijk verschil met KEI is dat er bij het experiment met het BmBR geen keus is om wel of niet mee te doen aan het experiment. Wie in een gemeente woont waar geëxperimenteerd wordt, kan niet zeggen dat hij onder het oude bestemmingsplan wil blijven vallen.

3.2.2 *Vergunningen en ontheffingen voor het houden van experimenten: over CO₂ en zelfrijdende auto's*

Als gezegd vinden experimenten niet alleen plaats op basis van 'klassieke experimenteerbepalingen', maar ook op basis van vergunningen of ontheffingen. Wat je hier ziet is dat er in wezen sprake is van wetgeving over experimenten of proeven. Twee recente voorbeelden zijn proeven met CO₂ om CO₂-opslaglocaties te vinden⁸⁷ en de Wet voor experimenten met geautomatiseerde voertuigen.⁸⁸

⁸⁷ Art. 1 en 27 Mijnbouwwet.

⁸⁸ In november 2017 werd het voorstel tot wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met mogelijk maken van experimenten met geautomatiseerde systemen in motorrijtuigen ingediend: Kamerstukken II 2017/18, 34 838, nrs. 1-2.

De bepalingen over proeven met injectie van CO₂ in de Mijnbouwwet, strekken tot implementatie van een Europese richtlijn over geologische opslag van kooldioxide.⁸⁹ Op grond van deze richtlijn moesten lidstaten bepalen in welke gevallen er een zgn. ‘exploratievergunning’ nodig is voor proeven met injectie van CO₂. De Mijnbouwwet bepaalt dat deze vergunningen (die in de Mijnbouwwet overigens ‘vergunning voor het opsporen van CO₂-opslagcomplexen’ worden genoemd) worden verleend door de Minister van EZ. De criteria waar de Minister van EZ aan toetst, zijn als weigeringsgronden voor de vergunning geformuleerd in artikel 27, eerste lid, Mijnbouwwet. Ethische vraagstukken kunnen daarbij een rol spelen. Eén van de weigeringsgronden trekt de aandacht: d. de vergunning kan worden geweigerd in het belang van de veiligheid voor omwonenden en het voorkomen van schade aan gebouwen of infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan. Veiligheidsaspecten spelen derhalve een rol bij de beoordeling van de vergunningaanvraag. Risico’s voor milieu en volksgezondheid spelen bij proefprojecten kennelijk geen rol want, die zijn pas als weigeringsgrond geformuleerd wanneer er een aanvraag voor permanente opslag van CO₂ voorligt.

Een ander voorbeeld biedt het in november 2017 ingediende wetsvoorstel voor experimenten met geautomatiseerde voertuigen. Deze wet moet het mogelijk maken dat er testritten op de openbare weg plaatsvinden met zelfrijdende of autonome⁹⁰ auto’s. Deze auto’s verrichten de rijtaken die tot nu toe door de bestuurder werden verricht.⁹¹ Er zijn

89 Richtlijn 2009/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de geologische opslag van kooldioxide en tot wijziging van Richtlijn 85/337/EEG van de Raad, de Richtlijnen 2000/60/EG, 2001/80/EG, 2004/35/EG, 2006/12/EG en 2008/1/EG en Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad.

90 N.E. Vellinga, W.H. Vellinga en K.A.P.C. van Wees, Testen van autonome auto’s op de openbare of zelfrijdende weg, *Verkeersrecht* 2016, p. 218-217.

91 Overigens vinden er ook proeven plaats met ‘autonome vaartuigen’: de Amsterdamse grachten zijn al enkele jaren in gebruik als testlocatie voor ‘roboats’ en het Ministerie van EZ noemde de autonome schepen in de Topsectorenaanpak (zie bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 32 637, nr. 289. Of er al wordt nagedacht over aanpassing van regelgeving of over experimentwetgeving vergelijkbaar met die over de zelfrijdende auto is mij niet bekend.

op dit moment al verschillende auto's die een deel van de rijtaak van de bestuurder (kunnen) overnemen, maar de verwachting is dat geautomatiseerde systemen steeds meer taken van de bestuurder zullen overnemen.⁹² Dit is o.a. gunstig voor het milieu omdat het de doorstroming bevordert en voor de verkeersveiligheid. Een zelfrijdende auto is een voorbeeld van een innovatie die op zichzelf niet in strijd is met enig wettelijk voorschrift. Het is niet verboden om een zelfrijdende auto te maken of te hebben. Het punt is alleen dat je er niet zo maar mee de openbare weg op mag omdat de huidige wetgeving ervan uitgaat dat er altijd een persoon van vlees en bloed achter het stuur zit en de auto bedient. Dát de huidige wetgeving daar van uitgaat spreekt voor zich; tot nu toe was er nu eenmaal een mens van vlees en bloed nodig om een auto van A naar B te laten rijden.⁹³ Als het de bedoeling is dat deze auto's na een testfase uiteindelijk in groten getale de openbare weg op mogen, dan moet de verkeerswetgeving dus worden gewijzigd. Maar ook voor de testfase moet worden bedacht hoe deze wettelijk moet worden vormgegeven.

In het wetsvoorstel voor experimenten met geautomatiseerde voertuigen is niet gekozen voor een experimenteerregeling op grond van de eerdergenoemde 'klassieke experimenteerbepaling uit de Wegenverkeerswet (art. 186 WVV 1994). Dat zal zijn omdat de experimenten of proeven met zelfrijdende auto's niets te maken hebben met het proefondervindelijk vaststellen of een bepaald probleem door middel van wettelijke maatregelen kan worden opgelost. Het gaat hier om iets anders.

92 Kamerstukken II 2017/18, 34 838, nr. 3, p. 1.

93 Vanuit juridisch oogpunt kunnen er over zelfrijdende auto's nog vele andere vragen worden gesteld. Afhankelijk van het antwoord op die vragen, zouden wellicht ook weer wetswijzigingen nodig kunnen zijn (bijv. is het nog wel nodig om een rijbewijs te hebben? Mag iedereen zelfstandig op pad met de auto of moet je ouder zijn dan (bijv.) 16 jaar? Moet er altijd een mens in de auto aanwezig zijn of mag ik ook mijn hond alleen in de auto zetten en voor zijn vaccinaties naar de dierenarts sturen? Etc...). Het voert echter te ver om hier op deze vragen in te gaan; eerst maar eens de resultaten van de experimenten afwachten. Zie – behalve de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel – ook: M.J. Jacobs, De wetgever en het experiment, in : V.I. Daskalova en M.A. Heldeweg, Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2017, p. 217-218.

Nederland wil graag proeftuin worden om de nieuwe techniek, die is ontwikkeld door marktpartijen, verder te kunnen verbeteren. Het testen van een techniek, is niet hetzelfde als het testen van een regel, hoewel dit voorbeeld laat zien dat het voor het testen van de techniek nodig kan zijn om van een of meer regels af te wijken. Bovendien is het wenselijk dat bij het testen de veiligheid van andere weggebruikers gewaarborgd is.

Experimenten met geautomatiseerde systemen in motorvoertuigen waren overigens al enige tijd mogelijk op grond van het Besluit ontheffingverlening exceptioneel vervoer (hierna: Boev). Blijkens de memorie van toelichting was de systematiek van ontheffingverlening op grond van deze amvb onvoldoende toegesneden experimenten met auto's zonder bestuurder. Het Boev heeft namelijk betrekking op het verlenen van ontheffing van technische eisen aan voertuigen.⁹⁴ Het wetsvoorstel voor experimenten met geautomatiseerde voertuigen voorziet in een vergunningsstelsel; de aanvrager kan een tijdelijke vergunning krijgen (maximaal drie jaar) en deze wordt verleend door de Minister van IenW na overleg met de Minister van JenV. Het voert te ver om hier diep op het wetsvoorstel in te gaan. Aardig is nog te vermelden dat in de consultatieversie een andere constructie was gekozen: in die versie was – voortbordurend op de bestaande systematiek van het Boev – gekozen voor een ontheffing. Na de consultatie is geconcludeerd dat een vergunningsstelsel beter is omdat dit de mogelijkheid biedt om specifiekere eisen te kunnen stellen en waarborgen te verlangen voor de experimenten.⁹⁵

3.2.3 Conclusie

Deze paragraaf bevatte enkele voorbeelden van recente bepalingen die werden gepresenteerd als 'experimenteerbepalingen'. Bij de voorbeelden over het proefdraaien met het digitale stelsel van de rechtspraak en het bestemmingsplan met brede reikwijdte, was de politieke beslissing dat het wenselijk was om tot nieuwe wetgeving te komen al genomen. Er was dus niet zozeer sprake van experimenteren om proefondervindelijk

⁹⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 838, nr. 3, p. 1 en 3.

⁹⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 838, nr. 3, p. 13.

vast te stellen of een bepaald instrument een bijdrage kan leveren aan het oplossen van een maatschappelijk probleem (en als dit niet het geval is het instrument niet invoeren), maar om het opdoen van ervaring met de uitvoering van een nieuwe regeling, om eventuele onvolkomenheden weg te nemen voordat de regeling algemeen wordt ingevoerd en om het stimuleren van gewenste ontwikkelingen. Volgens het huidige wetgevingsbeleid is het gebruik van de ‘klassieke experimenteerbepaling’ voor al deze gevallen geboden.⁹⁶ De voorbeelden laten echter zien dat een dergelijke bepaling in sommige gevallen onbruikbaar is (zelfrijdende auto) en in andere misleidend omdat het woord experiment de indruk wekt dat er nog een definitieve beslissing is genomen over de wenselijkheid van de nieuwe regels, terwijl dat allang is gebeurd.

3.3 Trends

3.3.1 *Trend 1: Het verkennen van nieuwe technologische mogelijkheden*

Volgens velen staan we aan de vooravond van een technologische revolutie, de voorzitter van het World Economic Forum noemde het de vierde industriële revolutie en wees erop dat ontwikkelingen zoals robotisering, nanotechnologie, 3D printen e.d. belangrijke nieuwe mogelijkheden met zich meebrengen, maar ook fundamentele veranderingen zullen brengen voor de maatschappij.⁹⁷ Ook een groot aantal juristen is bezig met de bestudering van juridische vraagstukken die rijzen door en naar aanleiding van de nieuwe technologische moe-

96 Zie: Eindrapport van het Interdepartementaal wetgevingsberaad inzake experimenteerbepalingen, ‘Het proberen waard’, 2000, p. 18: ‘Het IWB kan deze omschrijving onderschrijven, met de kanttekening dat ze ruim moet worden uitgelegd. Zo kunnen experimenten bijvoorbeeld ook een rol spelen bij het stimuleren van gewenste ontwikkelingen. Bij experimenten kan het tevens gaan om het opdoen van ervaring met de uitvoering van een regeling door de betrokken overheidsorganisatie, alvorens deze eventueel algemeen wordt ingevoerd.’

97 <https://www.weforum.org/projects/fourth-industrial-revolution-and-environment-the-stanford-dialogues>.

lijkheden. Niet toevallig koos de Nederlandse Juristen-Vereniging in 2016 dan ook het thema ‘Homo Digitalis’ voor de preadviezen.⁹⁸ Overheidsinstanties zijn intussen zelf – vaak in samenwerking met derden, waaronder commerciële partijen – ook bezig te onderzoeken wat de nieuwe technologische mogelijkheden betekenen voor hun eigen maatschappelijke opgaven en hoe ze deze mogelijkheden daar zo goed mogelijk voor kunnen benutten. Op zichzelf is het van alle tijden dat bedenkers van nieuwe producten en diensten, en ook anderen, op zoek gaan naar nieuwe toepassingen. Dat zij daarbij soms stuiten op de grenzen van wet- en regelgeving of dat de vraag rijst of er wellicht regels nodig zijn, is ook niets nieuws. Dat ik toch op dit onderwerp inga, is omdat er juist in het kader van de verkenning van nieuwe mogelijkheden soms expliciet wordt gevraagd om experimenteerwetgeving en soms ook niet.⁹⁹

Voorbeeld 1. AI en Big Data in de rechtspraak

In hun preadvies voor de NJV van 2017 riepen Van Ettekoven en Marseille bijvoorbeeld op tot het maken van een experimenteerbepaling. Zij schreven dat het uit een oogpunt van rechtszekerheid wenselijk zou zijn als er een experimenteerbepaling zou komen ‘die de rechtspraak de mogelijkheid biedt om met AI-toepassingen en Big Data te experimenteren mits in het belang van de goede rechtspleging en onder inachtneming van nader te bepalen randvoorwaarden. Zonder nadrukkelijke wettelijke regeling zijn wij tegen terugkoppeling door de rechtspraak van door data-analyse verkregen informatie (bijvoorbeeld over de effecten van schuldsanering) aan andere overheidsinstellingen, ook niet als dat het publieke belang zou kunnen dienen. Dat doet afbreuk aan de positie van de rechterlijk macht binnen het staatsbestel. Elke commerciële toepassing van Big Data door de

98 E.M.L. Moerel, J.E.J. Prins, M. Hildebrandt, T.F.E. Tjong Tjin Tai, G.-J. Zwenne, A.H.J. Schmidt, *Homo Digitalis*, preadviezen voor de NJV, Kluwer 2016.

99 Zie ook R. Leenes, *Piraten of Pioniers – laveren tussen status quo en innovatie*, p. 41 en S. van Melis, *Toekomstbestendige wetgeving: balanceren tussen ruimte en rechtsstaat*, p. 112 en 116, beide in: V.I. Daskalova en M.A. Heldeweg, *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017.

rechtspraak wijzen wij af.¹⁰⁰

Of hier echt een experimenteerbepaling nodig (en mogelijk) is, kan aan de hand van de geciteerde tekst niet goed worden beoordeeld. Om dit te kunnen beoordelen is meer informatie nodig, bijvoorbeeld over de vraag wat de ‘experimenten’ precies behelzen en met welke regels het experiment of de experimenten in strijd zouden komen als ze zouden worden uitgevoerd zonder eerst een experimenteerbepaling tot stand te brengen.

Uit het slot van de geciteerde passage komt naar voren dat de auteurs vinden dat er een wettelijke regeling nodig is om door data-analyse verkregen informatie terug te koppelen aan andere overheidsinstellingen. Voor zover het gaat om persoonsgegevens lijkt mij dit gelet op de privacy-regels terecht: verwerking van persoonsgegevens voor een ander doel dan waarvoor ze zijn verkregen, is alleen mogelijk als daarvoor een wettelijke grondslag bestaat.¹⁰¹ Of de vorm van een experimenteerbepaling bruikbaar is voor de verdere verwerking van persoonsgegevens, lijkt mij echter allerm minst zeker. Op het eerste gezicht lijkt een welbepaalde (tijdelijke) bevoegdheid voor het terugkoppelen van persoonsgegevens meer aangegeven gelet op artikel 6 lid 4 AVG.

Voorbeeld 2. De regulatory sandbox

In 2016 maakten AFM en DNB bekend dat zij de toegang voor innovatieve diensten tot de markt voor financiële dienstverlening wilden gaan verruimen. Zij openden daarvoor een zogenaamde ‘regulatory sandbox’. Deze is beschikbaar voor alle financiële ondernemingen, dat wil zeggen bestaande vergunninghoudende ondernemingen en nieuwkomers, met een innovatief concept (vernieuwend financieel product, dienst of bedrijfsmodel) dat niet in de markt kan worden gezet omdat de onderneming ‘redelijkerwijs niet kan voldoen aan be-

100 B.J. van Ettekov en A.T. Marseille, Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?, in: Afscheid van de klassieke procedure?, preadviezen NJV, Deventer: Kluwer 2017, p. 262.

101 Zie art. 9 Wbp (vervalt binnenkort i.v.m. komst AVG). Een dergelijke bevoegdheidsgrondslag is bijvoorbeeld te vinden in art. 107 lid 7 Vreemdelingenwet 2000 en artikel 29a Arbeidsomstandighedenwet.

paald beleid, de wet- of regelgeving, maar wel voldoet aan het achterliggende doel daarvan'.¹⁰² Financiële ondernemingen die menen een innovatief idee te hebben, kunnen zich melden bij de toezichthouder om hun innovatie tijdelijk toe te passen in een realistische omgeving. Zij moeten daarbij aantonen dat er geen gevaar is voor 'de beheers- te en integere bedrijfsuitoefening van de financiële onderneming' als het experiment mislukt.¹⁰³

In het rapport worden enkele abstracte voorbeelden genoemd van innovatieve concepten. In verband met de toezichtvertrouwelijkheid kunnen AFM en DNB niet anders dan volledig geanonimiseerd en niet herleidbaar communiceren over ingediende aanvragen. Anders dan in voorbeeld 1, wordt er bij de 'regulatory sandbox' niet gevraagd om (experimenter)wetgeving. Het feit dat het product van de markt-partij voldoet aan het achterliggend doel van de wet en dat de toezicht-houders er bovenop zitten, wordt hier voldoende geacht.¹⁰⁴

De 'regulatory sandbox' is, zoals de naam waarschijnlijk wel doet vermoeden, overigens geen Nederlands fenomeen. Financiële producten worden wereldwijd ontwikkeld door financiële instellingen, maar ook door startups die door de voortschrijdende technische mogelijkheden kansen voor zichzelf zien. 'Regulatory sandboxes' zien we dus ook in andere landen, zoals het Verenigd Koninkrijk, Singapore, Australië, Hongkong, Thailand en Maleisië. Ieder land geeft er zijn eigen invulling aan. Ter illustratie een voorbeeld uit het Verenigd Koninkrijk. Daar is de sandbox gebruikt om de deelnemers een algoritme te laten testen dat zij hadden ontwikkeld voor zgn. robo-advice. Zij wilden het algoritme testen op een beperkt aantal echte consumenten. Om de risico's voor de consumenten beperkt te houden, was er een veiligheidsklep ingebouwd. De transacties waartoe de robo-adviezen opriepen, werden niet onmiddellijk uitgevoerd. Eerst werden

102 Rapport DNB/AFM, Meer ruimte voor innovatie in de financiële sector, 2016, p. 4 (https://www.dnb.nl/binaries/Meer-ruimte-voor-innovatie-in-de-financi%C3%AABle-sector_tcm46-361363.pdf?2017102010).

103 Ibid. p. 6.

104 Sterker nog; de Tweede Kamer is er enthousiast over. Zie bijvoorbeeld enkele verslagen van algemene overleggen over de toekomst van de financiële sector: Kamerstukken II 2015/16, 32 013, nr. 126 en 135 en Kamerstukken II 2016/17, 32 013, nr. 143.

de adviezen aan een beoordeling onderworpen door financieel adviseurs van vlees en bloed. De initiatiefnemers konden zodoende achterhalen hoe consumenten omgaan met het advies-systeem en hoe het algoritme presteert in vergelijking met een beoordelaar van vlees en bloed.¹⁰⁵

Voorbeeld 3. Living lab

Behalve in ‘regulatory sandboxes’ wordt er ook in ‘living labs’ geëxperimenteerd. Een goede (Nederlandse) definitie van ‘living lab’ heb ik niet kunnen vinden. Kenmerken van een living lab zijn dat er op een bepaalde fysieke locatie innovaties worden getest in levensechte situaties. Een bekend voorbeeld in Nederland is het Stratum Eind in Eindhoven, waar de gemeente Eindhoven, de Technische Universiteit Eindhoven en het bedrijfsleven met gebruikmaking van camera’s, social media, geluidsmeters, geur- en lichteffecten bij wijze van experiment proberen het gedrag van het uitgaanspubliek te beïnvloeden. Maar er zijn veel meer voorbeelden te noemen. Het Rathenau Instituut inventariseerde recent ‘living lab’-achtige initiatieven in de vijf grootste steden en de overige universiteitssteden en leidde uit de 90 gevonden living labs vier archetypische vormen van living labs af:

1. Wetenschappelijke testfaciliteiten (gericht op zoeken naar toepassingsmogelijkheden voor fundamentele wetenschappelijke kennis);
2. Maakindustrie fieldlabs (gericht op de marktintroductie van nieuwe producten);
3. Commerciële stedelijke testfaciliteiten (gericht op doorontwikkeling van de marktintroductie van nieuwe producten waarbij de testfaciliteiten zich in de stad bevinden), en
4. Stedelijke living labs (burgers, bedrijven en overheid werken samen aan oplossing van problemen in de stad).¹⁰⁶

¹⁰⁵ <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf> en <http://learn.asialawnetwork.com/2016/11/01/a-definitive-and-practical-guide-to-the-regulatory-sandbox-in-singapore/>.

¹⁰⁶ Maas, T., J. van den Broek & J. Deuten, Living labs in Nederland - Van open testfaciliteit tot levend lab. Den Haag, Rathenau Instituut, 2017, p. 24-27.

Lanzing en Van der Sloot schreven enige tijd geleden een interessant artikel in het NJB over living labs, waarin zij de vraag aan de orde stellen op basis van welke onderzoeksmethodiek en wetenschapsethiek deze sociale experimenten worden gerechtvaardigd en hoe deze experimenten zich verhouden tot het recht op privacy en de regels over gegevensbescherming.¹⁰⁷

De vragen die Lanzing en Van der Sloot stellen, lijken mij terecht voor de living labs die in de indeling die het Rathenau Instituut hanteert onder categorie 4 vallen. Voor zover living labs zijn gericht op het zoeken naar toepassingsmogelijkheden voor fundamentele wetenschappelijke kennis en het nadenken over de marktintroductie van nieuwe producten, spelen de activiteiten zich meer af in een gecontroleerde omgeving en voor zover er alleen nog wordt nagedacht is er – anders dan bij de ‘regulatory sandbox’ – juridisch nog weinig aan de hand. Dat kan veranderen zodra een nieuwe product wordt getest in de stad of misschien beter gezegd op of aan de openbare weg. Ik zou hier bijvoorbeeld de testen met zelfrijdende auto’s onder willen scharen. Het testen van deze voertuigen zonder bestuurder, is, zo bleek hiervoor al, alleen mogelijk na wetswijziging.

Waar het Rathenau Instituut vooral ingaat op living labs in steden, wordt de term living lab ook wel gebruikt in de context van big-data-onderzoek dat niet onmiddellijk tot interventies in een (deel van een) stad leidt. Bij de living labs die zich richten op big-data-onderzoek is van een zo directe beïnvloedingspoging geen sprake. Deze living labs richten zich huiselijk gezegd vooral op ‘zien wat je nog niet zag’. Pas nadat ze hebben ontdekt wat er allemaal te zien is, worden er instrumenten ontwikkeld. Dit gebeurt op talloze plekken door onderzoeksinstituten, overheden en bedrijven (al dan niet in samenwerking met elkaar). Een (omstreden) voorbeeld hiervan is het onderzoek van de Afdeling Data&Analytics (D&A) van de Belastingdienst.¹⁰⁸ Deze afdeling ontving een prijs voor een instrument dat ze had ontwikkeld om fraudeurs te ontdekken bij de inkomstenbelasting en de btw-aangifte, maar kwam ook slecht in het nieuws omdat het autorisatiesys-

107 Marjolein Lanzing en Bart van der Sloot, Living labs. De stad als laboratorium en de burger als proefkonijn, NJB 2017, p. 374-382.

108 Ook wel de Broedkamer genoemd.

teem tussen 2013 en 2016 niet op orde was en er geen logging en monitoring van de dataverwerking heeft plaatsgevonden.¹⁰⁹ Een ander voorbeeld is het FinPro-onderzoek, een publiek-privaat big-data-experiment dat het OM liet uitvoeren om fraudes zichtbaar te maken. In dat kader zijn ook data uitgewisseld met het bedrijfsleven.¹¹⁰

Conclusie

De bovenstaande voorbeelden hebben gemeen dat er behoefte is om te onderzoeken hoe nieuwe technologische mogelijkheden kunnen worden gebruikt. Die behoefte bestaat zowel aan de private kant (nieuwe producten en diensten waaraan verdiend kan worden), als aan de publieke kant (nieuwe mogelijkheden om het werk beter te doen, nieuwe vragen voor het toezicht, nieuwe mogelijkheden om beleid te maken etc...). Een andere overeenkomst is dat er bij het verkennen van nieuwe technologische mogelijkheden ethische vragen rijzen. Een verschil is echter dat bij de regulatory sandbox veel duidelijker de spanning tussen de innovaties en bestaande wet- en regelgeving blijkt dan bij de living labs, toch wordt er geen experimenteerwetgeving gemaakt.

Bij de regulatory sandboxes wordt er in een beschermde omgeving en met gebruikmaking van veiligheidskleppen, gekeken naar initiatieven van marktpartijen die niet kunnen voldoen aan bepaald beleid of de wet- of regelgeving, maar die wel voldoen aan het achterliggende doel van daarvan. Voor zover het gaat om beleid van de toezichthouders zelf, lijkt de situatie niet erg problematisch; het beleid kan worden aangepast. Maar hoe te denken over het niet kunnen voldoen aan de wet- of regelgeving? Door in een beschermde omgeving te kijken wat er gebeurt en ervoor te zorgen dat er geen schade optreedt, lijkt er weinig aan de hand. Maar er komt altijd een moment dat het experiment over is. Wat doet de toezichthouder dan? Gaat hij lobbyen voor een wetswijziging of ziet hij dat niet als zijn taak en moeten de initiatiefnemers dat zelf wellicht doen? Moet de initiatiefnemer dan stoppen met zijn innovatie en wachten tot de wet is aangepast? Of wordt er dan geredeneerd dat het past in de bedoeling van de wet? Interes-

109 Dit bleek uit een aflevering van het programma Zembla die op 1 februari 2017 werd uitgezonden: <https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/leuker-kunnen-we-het-niet-maken>.

110 <https://fd.nl/economie-politiek/1150701/big-data-legt-onzichtbare-criminaliteit-bloot>.

sant is ook om te weten hoe de toezichthouders omgaan met initiatieven waarvoor een aanvraag wordt ingediend? Wanneer en hoe bepalen zij of een initiatief uitgeprobeerd mag worden of niet?

Bij de onderzoeken op het terrein van big-data is in sommige gevallen tamelijk ongrijpbaar wat er precies wordt onderzocht, met behulp van welke data, wie die data kan zien en wat er vervolgens op basis van de uitkomsten van het onderzoek aan nieuwe instrumenten wordt ontwikkeld. Van Ettekov en Marseille riepen (daarom?) op tot het maken van experimenteerwetgeving, terwijl Lanzing en Van der Sloot zich (slechts?) afvroegen hoe deze experimenten zich tot het recht op privacy en de regels over gegevensbescherming verhouden.

Wanneer degene die de gegevens rechtmatig heeft verzameld hoeft dat niet erg te zijn. Anders kan het worden als de gegevens voor andere doeleinden worden gebruikt of worden uitgewisseld met andere partijen, zonder dat degene die de gegevens heeft verstrekt daar toestemming voor heeft gegeven of zonder dat er een wettelijke grondslag voor de uitwisseling bestaat. Hoewel de Autoriteit Persoonsgegevens hier toezicht op houdt, komt het er ook op aan dat degenen die onderzoek doen in de living labs zich goed vergewissen van wat is toegestaan.

3.3.2 *Trend 2: Netwerksamenleving en burgerparticipatie*

Een tweede trend die kan worden genoemd heeft te maken met de opkomst van de netwerksamenleving en van burgerparticipatie. In een aantal domeinen waarin de overheid al sinds jaar en dag actief en verantwoordelijk was, zijn burgers, ondernemers en maatschappelijke organisaties, zelf initiatieven gaan nemen. Deze initiatieven botsen soms met geldende regels.¹¹¹ In dezelfde periode kreeg de wetgever interesse in instrumenten die de burger of groepen burgers faciliteerden om dingen zelf te doen: genoemd kunnen worden het ‘right to challenge’ en de ‘gelijkwaardigheidsbepaling’. Het

¹¹¹ Zie hierover: M. van der Steen, J. Scherpenisse en M. van Twist, Sedimentatie in sturing. Systeem brengen in netwerkend werken door meervoudig organiseren, NSOB 2015, http://www.nsob.nl/wp-content/uploads/2015/06/NSOB_Sedimentatie_web.pdf.

‘right to challenge’ bestaat in verschillende vormen. In sommige gevallen geven gemeenten de mogelijkheid om een groep (georganiseerde) bewoners gemeentetaken te laten overnemen als zij denken dat het anders, beter, slimmer en/of goedkoper kan.¹¹² Ook komt het voor dat gemeenten bewoners het recht geven om ‘aan te geven dat ze een taak willen overnemen van de gemeenten’.¹¹³ In wetten in formele zin heeft deze mogelijkheid geleid tot een bepaling die het mogelijk maakt om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels (voorwaarden) te stellen.¹¹⁴ Deze wetten zijn overigens gewone wetten.¹¹⁵ Het zijn geen experimenteerwetten die tijdelijk gelden of klassieke experimenteerbepalingen die tijdelijk afwijken bij algemene maatregel van bestuur mogelijk maken.

Ongeveer tegelijkertijd met de opkomst van het ‘right to challenge’ in Nederland, kwam er regelgeving die burgers rechtstreeks het recht geeft om af te wijken van bepaalde regels indien zij een betere manier hebben om hetzelfde resultaat te behalen. Het gaat om twee gevallen: artikel 1.3 Bouwbesluit 2012 en artikel 2a Archiefregeling en deze bepalingen werden ‘gelijkwaardigheidsbepalingen’ genoemd. Ook hier is sprake van gewone, niet tijdelijke wetten.

Zowel bij ‘right to challenge’ als bij ‘gelijkwaardigheidsbepalingen’ staat de overheidsverantwoordelijkheid of -regulering voorop.

112 Deze definitie wordt door de VNG gehanteerd: <https://vng.nl/right-to-challenge>. Zie over dit onderwerp ook de fraaie scripties van: E.M.M.A. Driessen, De juridische knelpunten bij de uitvoering van het Right to challenge in het sociaal domein, UL 2017 (<http://njb.nl/blog/right-to-challenge.27173.lynkx>) en Q. Lainert, Het Right to challenge. Van inspiratie naar burgerparticipatie tot frustratie?, VU 2016. (https://vng.nl/files/vng/pagina_attachments/2016/20160808-scriptie-right-to-challenge-wmo-quinten-lainert.pdf).

113 Zie E.M.M.A. Driessen, De juridische knelpunten bij de uitvoering van het Right to challenge in het sociaal domein, UL 2017 (<http://njb.nl/blog/right-to-challenge.27173.lynkx>), p. 14-15.

114 Zie art. 6 Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen (Deze mogelijkheid is bij amendement geïntroduceerd in het wetsvoorstel: Kamerstukken II 2013/14, 33 846, nr. 9, 17, 41; er is nog geen amvb tot stand gebracht. Er zijn wel in diverse gemeenten burgerinitiatiefbibliotheken tot stand gekomen, zo blijkt uit de midterm review Bibliotheekwet die in opdracht van het Ministerie van OCW is gemaakt. Zie: <https://www.kwinkgroep.nl/2017/07/midterm-review-bibliotheekwet/>). Ook art. 2.6.7 Wmo 2015 kent een dergelijke variant.

115 In het geval van het Bouwbesluit 2012 een algemene maatregel van bestuur.

Hoofddregel is de wetgeving, uitzondering is mogelijk voor wie hetzelfde of een beter resultaat kan bereiken. Er is geen sprake van experimenteren in de zin dat wordt getest of een bepaalde regel werkt, maar het instrument maakt experimenten wel mogelijk.

3.3.3 *Trend 3: Regelluwte*

Tot slot het fenomeen ‘regelluwe zone’. Bij een regelluwe zones is sprake van tijdelijke regelgeving: om innovatie te bevorderen worden toepasselijke regels tijdelijk en voor een beperkte groep opzij gezet. Het noemen van de regelluwe zone als trend, is misschien een beetje voorbarig.¹¹⁶ Op dit moment is er nog maar een voorbeeld in deze categorie: het Besluit experiment regelluwe scholen PO/VO.¹¹⁷ Deze experimenteerregeling berust bovendien op een klassieke experimenteerbepaling, zodat zou kunnen worden gezegd dat hier sprake is van een nieuwe benaming voor een bestaand fenomeen. Toch is dat niet helemaal het geval. De term ‘regelluw’ wordt namelijk soms ook in verband gebracht met de bij Trend 1 besproken ‘regulatory sandbox’. Van de ‘regulatory sandbox’ wordt gezegd dat deze een regelluwe zone is én een right to challenge.¹¹⁸ Bovendien is de roep om regelluwe zones niet alleen in et onderwijsland te horen, maar ook bijvoorbeeld in het kader van duurzaam ondernemen en duurzame landbouw.¹¹⁹ Daarom leek het me gerechtvaardigd dit onderwerp toch te noemen.

¹¹⁶ Of achterhaald, voor wie dit fenomeen in verband brengt met deregulering.

¹¹⁷ Stb. 2015, 443.

¹¹⁸ Vgl. SERV, Advies Experimentwetgeving en regelluwe zones, Brussel 2016, p. 82.

De Vlaamse SER noemt de FinTech initiatieven die in de Regulatory Sandbox in het Verenigd Koninkrijk worden ontplooid, een voorbeeld van zowel een regelluwe zone als een right to challenge. Dit zal ongetwijfeld te maken hebben met de wijze waarop de sandbox in het VK is ingericht. Als gezegd in par. 3.3 geeft elk land zijn eigen invulling aan de regulatory sandbox.

¹¹⁹ Zie bijv.: <http://www.p-plus.nl/nl/nieuws/Regelluwe-zones-circulaire-economie> en het rapport van T. van der Wal, L.A.E. Vullings, J. Zaneveld-Reijnders en R.J. Bink, Doorontwikkeling van de precisielandbouw in Nederland : een 360 graden-verkenning van de stand van zaken rond informatie-intensieve landbouw en in het bijzonder de plantaardige, openluchtteelt, p. 54 (<http://library.wur.nl/WebQuery/wurpubs/523749>).

4. Slotbeschouwing

Het wordt tijd om de balans op te maken. Waar brengen al deze observaties ons? De genoemde voorbeelden laten zien dat er behoefte is om dingen uit te proberen, te experimenteren; met nieuwe technologieën, met beleidsinstrumenten en ook wel met regels. Daardoor kan er behoefte zijn aan wetgeving die het mogelijk maakt om te experimenteren. Ik zeg met opzet ‘kan er behoefte zijn aan wetgeving’ en ik gebruik het woord experimenteren, en in het verlengde daarvan het woord experimenteerwetgeving, met opzet in ruime zin.

Waarom ‘kan er behoefte zijn aan wetgeving’? De ervaring leert, iedere wetgevingsambtenaar hier aanwezig zal het beamen, dat er binnen de kaders van bestaande wetgeving vaak al veel meer te experimenteren valt dan van tevoren soms wordt gedacht. Men moet alleen wel de moeite willen nemen om de mogelijkheden te onderzoeken en niet al te gemakzuchtig roepen om nieuwe regels.

Waarom gebruik ik de woorden experimenteren en experimenteerwetgeving met opzet ‘ruim’? Dat is naar mijn mening nuttiger voor de wetgever omdat het de kans vergroot dat de vormgeving van de experimenteerregels – als ze nodig zijn – past bij het doel van het experiment.

Bij het vormgeven de benodigde experimenteerwetgeving, zou ik een onderscheid willen maken tussen experimenten waarbij de overheid zelf de experimenterende partij is, experimenten waarbij een ander de experimenterende partij is en experimenten die zowel door de overheid als door anderen (kunnen) worden gedaan. De overheid experimenteert zelf als zij een regel of instrument wil uittesten.¹²⁰ Hiervan was bijvoorbeeld sprake bij het experiment met de leeftijdsgrens van touringcarchauffeurs en is sprake bij het ‘bestemmingsplan met bredere reikwijdte’. Voor het experiment met de leeftijdsgrens was de ‘klassieke experimenteerbepaling’ geschikt; het politieke besluit dat de leeftijdsgrens zou worden aangepast als het experiment succesvol

¹²⁵ Hoewel ook zou kunnen worden gezegd dat iedere wet een experiment is. Zie Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973.

was, was nog niet genomen. Voor het experiment met het ‘bestemmingsplan met bredere reikwijdte’ was het politieke besluit al wel genomen. Dat maakt naar mijn mening de gekozen vorm (een amvb gebaseerd op een klassieke experimenteerbepaling) minder geschikt.

Ook het ‘experiment’ met het digitale systeem van de rechtspraak kan in deze categorie worden genoemd. Een belangrijk verschil met het ‘bestemmingsplan met brede reikwijdte’ is echter dat het digitale systeem van de rechtspraak pas werd getest nadat de wetgever ermee had ingestemd dat gerechtelijke procedures in het civiele recht en het bestuursrecht vanaf een bepaald moment in beginsel langs digitale weg dienen te worden gevoerd en ook dat het digitale systeem goed getest moet worden voordat het verplicht wordt om digitaal te procederen. Bij het ‘bestemmingsplan met bredere reikwijdte’ was dit niet het geval. Deze figuur stond alleen nog maar in het wetsvoorstel voor de Omgevingswet, toen hij al aan het Besluit uitvoering CHW werd toegevoegd, zodat ermee kon worden ‘geëxperimenteerd’. Wat hiervan te vinden? Enerzijds geeft het te denken dat een nieuw instrument al is geïntroduceerd via een experimenteerbepaling (in een andere wet, die daar niet voor was bedoeld, maar die wel de benodigde ruimte¹²¹ bood), voordat de wetgever zich heeft kunnen uitspreken over de wenselijkheid van het nieuwe instrument. Anderzijds is er veel voor te zeggen om eerst op kleine schaal met een instrument te gaan werken zodat kan worden gezien of er kinderziektes zijn en zo ja, hoe die het best bestreden kunnen worden. In wezen is dit niets anders dan productontwikkeling; het is de testfase tussen een idee en de invoering of, met een economische term, marktintroductie.

Experimenten waarbij anderen dan de overheid experimenteren zijn bijvoorbeeld de testen met de zelfrijdende auto’s (en te zijner tijd ook de zelfvarende schepen). Weliswaar besloot het kabinet Rutte II enkele jaren geleden dat Nederland een belangrijke testlocatie voor zelfrijdende auto’s moest worden, maar de ontwikkeling van de zelfrijdende auto is uiteraard door marktpartijen gebeurd. Daarbij heeft men zich begrijpelijkerwijs niet eerst bekommerd over de vraag of er

121 Hoeveel ruimte een experimenteerwet of –bepaling moet geven is een vraagstuk op zich. Zie hierover paragraaf 2.3.

wellicht regels waren die in de weg stonden aan zelfrijdende auto's. Integendeel, het is begonnen vanuit de technologie. Er was een idee, er zijn prototypes ontwikkeld, er is in een 'laboratoriumsetting' geëxperimenteerd met de technologie en is men nu zo ver dat men onder normale verkeersomstandigheden verder wil ontwikkelen. Dit is op zichzelf niets nieuws en we gaan het waarschijnlijk de komende jaren nog vaker zien als de verwachtingen die er zijn over robotisering uitkomen.¹²² De vergunning lijkt voor deze gevallen het meest aangevoelen.

Ook de wetgeving die ruimte biedt aan derden (niet overheid) om dingen anders te kunnen doen, zoals het 'right to challenge' en de gelijkwaardigheidsbepaling, kan in dit kader worden genoemd, hoewel de vraag zou kunnen worden gesteld of dit wel experimenten zijn. Ik denk het wel. Het gaat niet om het experimenteren hoe een regel of instrument werkt, maar de regel biedt ruimte om het resultaat op een andere, wellicht betere, manier te bereiken. Dat stimuleert innovatie en dat is in wezen ook experimenteren.¹²³

Daarmee zijn we aanbeland bij experimenten die zowel door de overheid als door anderen worden gedaan. Gedacht kan worden aan eventuele experimenten van de rechtspraak met AI (denk bijvoorbeeld aan de robotrechter), maar ook aan de eerdergenoemde experimenten (door overheden en bedrijfsleven) in living labs. Om dit type experimenten mogelijk te maken, zal soms ook toestemming moeten worden

122 Zie hierover uitvoerig: E. Fosch Villaronga en M.A. Heldeweg, Regulering voor experimenten met emergente robot technologie, in: V.I. Daskalova en M.A. Heldeweg, Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017, p. 89-107 en M.A. Heldeweg, Experimental legislation concerning technological & governance innovation – an analytical approach, *The Theory and Practice of Legislation*, 3:2, 169-193, DOI:10.1080/20508840.2015.10883242.

123 Q. Lainert, Het right to challenge: deregulering, decentralisatie en participatie, in: V.I. Daskalova en M.A. Heldeweg, Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017, p. 119.

gegeven om van geldende regels af te wijken voor de duur van het experiment. Dit is een ingewikkelde categorie. Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen dat de regels voor alle experimenterende partijen hetzelfde zou zijn. Waarschijnlijker is echter dat er op verschillende plaatsen tegelijk behoefte ontstaat om te experimenteren met AI en Big Data, dat de vraagstukken op elkaar lijken en deels zelfs identiek zijn, maar dat de uit te voeren experimenten zodanig van elkaar verschillen dat de wettelijke vormgeving toch verschillend moet zijn.

Voor wat betreft de vormgeving van experimenteerbepalingen heb ik twee zaken laten zien. Ten eerste dat 'klassieke experimenteerbepalingen' lang niet allemaal (frequent) worden gebruikt. Ten tweede dat 'klassieke experimenteerbepalingen' – gemakshalve denk ik – wel worden gebruikt als inspiratie in gevallen waarin een andere vormgeving naar mijn mening meer voor de hand lag. Wellicht zullen sommigen dan betogen dat dit geen 'echte' experimenteerbepalingen zijn en dat het woord experimenteerwetgeving dan beter kan worden vermeden. Ik heb met het woord experimenteerwetgeving voor dergelijke gevallen, als gezegd, geen moeite. Ik heb wel moeite met de Aanwijzingen voor de regelgeving omdat die ervoor zorgen dat er te gemakkelijk wordt gekozen voor een 'one size fits all'-benadering. Die benadering zorgt ervoor dat er in sommige gevallen een extreem ruime experimenteergrondslag in de wet wordt voorgesteld of zelfs opgenomen, waar de Afdeling Advisering vervolgens (en niet ten onrechte) grote moeite mee heeft. Ik heb laten zien dat het ook anders kan. Ook heb ik laten zien dat er een paar wetten zijn die verplichten tot inschakeling van een beoordelings- of toetsingscommissie bij het beoordelen van aanvragen voor experimenten. Ik denk dat de inschakeling van een dergelijke commissie in meer gevallen zinvol kan zijn, bijvoorbeeld indien een experiment ethische vragen oproept, zoals het geval kan zijn bij (het toestemming geven voor) experimenten met nieuwe technologieën.

Daarnaast denk ik dat het zinvol zou kunnen zijn om zo nu en dan een testfase in het wetgevingsproces in te lassen. Dat kan op twee manieren: aan het begin van het wetgevingsproces en als de regelgeving in concept klaar is.

Aan het begin van het wetgevingsproces zou het in sommige gevallen zinvol kunnen zijn om met een regelluwe zone c.q. ‘regulatory sandbox’ te werken. De regelluwe zone zou dan wel moeten worden vormgegeven als een afgeschermd omgeving (‘regulatory sandbox’) waarbinnen wordt getest wat er binnen de bestaande regels allemaal al mogelijk is om zodoende helder te krijgen welke regels gewijzigd moeten worden of van welke regels men (eventueel tijdelijk) ontheffing zou willen verlenen.

Ook als er (eerste) concepten van wetsvoorstellen klaar zijn, kan er een testfase worden ingelast. Dat gebeurt nu ook wel overigens, maar bij mijn weten niet heel frequent. Een mooi voorbeeld hiervan biedt de nieuwe Omgevingswet. Om te testen of de nieuwe Omgevingswet werkt zoals hij is bedacht, heeft het toenmalige Ministerie van Infrastructuur en Milieu zogenaamde ‘botsproeven’ laten doen. Tijdens deze proeven testten partijen zoals gemeenten, waterschappen en architecten hoe de regels werken, of er onverwachte obstakels opdoemden of juist mogelijkheden bleken. Door te testen – al is het wel in een laboratoriumsituatie – bij de voorbereiding, kan experimenteerwetgeving voorkomen worden. In gevallen waarin een experiment, bijvoorbeeld omdat het experiment tot onomkeerbare schade kan leiden, ongewenst zou zijn, zou deze aanpak wellicht een interessant alternatief kunnen zijn.

Op basis van het voorgaande zou ik voor twee zaken willen pleiten: Ten eerste dat de Aanwijzingen voor de regelgeving over experimenteerwetgeving zo snel mogelijk worden gemoderniseerd (liefst met daarbij nog een Handreiking over het opstellen van experimenteerregelingen en het inrichten van experimenten), zodat we niet over een paar jaar als het huidige regeerakkoord in wetgeving is uitgewerkt, zitten met een verzameling klassieke experimenteerbepalingen waarvan een deel ongeschikt is voor gebruik en een ander deel nooit wordt gebruikt. Ten tweede dat de keuzes die er de komende tijd worden gemaakt met betrekking tot nieuwe experimenteerwetgeving systematisch worden bijgehouden en geëvalueerd, zodat geleerd kan worden wat er wel en niet werkt. Niet alleen het concrete experiment dus moeten worden geëvalueerd, maar ook de (vormgeving van) experimenteerwetgeving zelf.

Daarnaast zie ik in relatie tot experimenteerwetgeving nog een heleboel interessante vraagstukken die ik graag nader zou willen onderzoeken. Ik denk aan de volgende vraagstukken:

- Vergen bepaalde beleidsterreinen of bepaalde thema's een specifiek soort experimenteerwetgeving?
- Is het een goed idee als er kan worden gevarieerd bij het uitvoeren van experimenten? Zo ja, in welke gevallen?
- Wat kunnen we leren van de vormgeving van buitenlandse experimenteerbepalingen?
- Interessant zou het zijn om onderzoek te doen alle verschillende experimenten die onder de Crisis- en herstelwet zijn gedaan. Deze wet heeft tot een grote hoeveelheid experimenten geleid, waarvan er enkele hiervoor zijn besproken. Hoewel er inmiddels in zes jaarlijkse voortgangsrapportages verslag is gedaan over de ervaringen met deze wet en daardoor ook over experimenten die door deze wet zijn gedaan, zou het naar mijn idee goed zijn om specifiek naar de wettelijke vormgeving van de experimenten nader onderzoek te doen. Wat kunnen wij leren van de Crisis- en herstelwet voor andere experimenteerwetgeving?
- Een belangrijk punt is de ruimte die wordt geboden in 'klassieke experimenteerbepalingen'. De grenzen aan die ruimte zouden verder kunnen worden verkend. Zou het bij bepaalde experimenten behulpzaam kunnen zijn om (ook) rechtsbeginselen in de experimenteerwetgeving op te nemen die als uitgangspunt hebben te gelden bij de vormgeving van concrete experimenten?
- Technologische ontwikkelingen: Veel overheden zijn – net als marktpartijen – bezig te onderzoeken hoe nieuwe technologische mogelijkheden gebruikt kunnen worden bij het maken en uitvoeren van beleid en regelgeving. Met name big-data-onderzoek trekt de aandacht: wat kan er allemaal mee, maar vooral wat mag er eigenlijk precies? Onderzocht zou kunnen worden of experimenteerwetgeving behulpzaam zou kunnen zijn voor het onderzoeken van vraagstukken die nu niet of niet goed onderzocht kunnen worden.
- Alternatieven voor experimenteerwetgeving: Zijn er ook andere manieren te bedenken om op voorhand te onderzoeken hoe nieuwe regels/instrumenten/procedures etc... werken? Is het denkbaar om een 'wetgevingslab' in het leven te roepen waarin kennis over 'gebruikerstesten' of 'botsproeven' bijeen wordt gebracht? Op die

manier zou in een vroeg stadium kunnen worden onderzocht of bepaalde artikelen werkbaar zijn voor degenen die ermee te maken krijgen.

- En als we dan toch aan het experimenteren zijn: zou er in zo'n 'wetgevingslab' misschien ook kunnen worden nagedacht over experimenten met de (procedure van) totstandkoming van wetsvoorstellen zelf? Kan de wetgever misschien ook zelf zijn voordeel doen met nieuwe technologische ontwikkelingen als big data en artificial intelligence?
- Bij veel experimenten kunnen behalve juridische vragen, zoals vragen over de verhouding tot grond- en mensenrechten, Europees- en internationaal recht, ook ethische vragen rijzen. Deze vragen rijzen in ieder geval als het gaat om experimenten met nieuwe technologie. Een bekend voorbeeld is de vraag wat de zelfrijdende auto doet als er plotseling een voetganger de straat oversteekt: doorrijden en de voetganger aanrijden of uitwijken en een groepje mensen aanrijden dat op de stoep rijdt? Op de Universiteit Utrecht is een 'toolkit' ontwikkeld die helpt bij het in kaart brengen van ethische dilemma's bij dataprojecten.¹²⁴ Zou iets dergelijks wellicht ook te ontwikkelen zijn voor het in kaart brengen van ethische dilemma's bij experimenteerwetgeving?

Het is een flinke lijst met vraagstukken geworden en ik hoop de komende jaren een bijdrage te kunnen leveren aan de beantwoording ervan.

¹²⁴ <https://www.uu.nl/nieuws/de-ethische-data-assistent-helpt-je-na-te-denken-over-de-ethiek-van-je-dataproject>.

5. Dankwoord

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

Aan het eind van deze rede gekomen, wil ik graag enkele woorden van dank uitspreken. In de eerste plaats aan het College van bestuur van de Vrije Universiteit, het bestuur van de Stichting het Vrije Universiteitsfonds, het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en aan de overige mensen die betrokken waren bij mijn benoeming. Het is me een grote eer en een genoegen om in deze functie terug te mogen keren aan de Vrije Universiteit en ik hoop het in mij gestelde vertrouwen waar te maken.

Beste Anneke, als directeur Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, heb jij mede het initiatief genomen tot deze leerstoel, om zo de band tussen de wetgevingspraktijk en de wetenschap en het wetenschappelijk onderwijs te versterken. Ik ben je zeer erkentelijk voor de ruimte die je mij geeft om invulling te geven aan deze functie. Voor dit laatste gaat mijn dank ook uit naar Alfred Roos en naar mijn collega's van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, in het bijzonder de sector Staats- en bestuursrecht. Net als mijn voorganger op deze leerstoel, Gert Jan Veerman, hoop ik in deze functie een brug te kunnen slaan tussen theorie en praktijk van het wetgeven. Gert Jan, graag bedank ik jou voor de gesprekken die wij de afgelopen jaren hebben gevoerd over ons vak en voor de adviezen die je me zo nu en dan geeft.

Beste collega's van de faculteit. Dank voor de hartelijke ontvangst in jullie midden en de goede samenwerking. Hoewel het voor mijn gevoel nog maar kort geleden is dat ik hier aankwam als aio en vertrok als gepromoveerd jurust, zijn er sindsdien aardig wat jaren verstreken. In de tussentijd is hier nagenoeg alles veranderd: nieuwe mensen, nieuwe vakken, een ander gebouw voor de faculteit. Toch is de sfeer in de vakgroep nog steeds plezierig als vanouds.

Ook past een woord van dank aan mijn promotor Lex Michiels. Ik prijs mij nog steeds gelukkig dat jij mijn promotor was. Wat heb ik veel van je geleerd! Tijdens jouw prachtige afscheidsrede in Til-

burg over het belang van een goed en nauwkeurig gebruik van de taal voor het recht, realiseerde ik me dat weer eens goed.

Willemien den Ouden en Jacobine van den Brink, jullie wil ik ook graag bedanken. Wij werken al lang en prettig samen, vaak op het terrein van het subsidierecht, maar ook daarbuiten. Willemien, wie had dat gedacht bij onze ‘officiële kennismaking’ in het bijzijn van onze promotoren omdat wij allebei een proefschrift over subsidies voorbereidden. Ik hoop dat onze samenwerking nog heel lang mag duren.

Beste studenten. Ik heb het afgelopen najaar samen met Sjoerd Zijlstra de ‘Law Clinic Wetgevingsleer’ mogen verzorgen en ik heb dat met veel plezier gedaan. Het was mooi om te zien dat jullie gaandeweg ontdekten dat wetten ook gewoon gemaakt worden en dat er vaak veel manieren zijn om een wettelijke bepaling vorm te geven.

Graag bedank ik ook alle collega’s en deskundigen die ik heb gesproken bij de voorbereiding van deze rede, in het bijzonder Nini de Jong, Sander Mul, Anke Klein en Iris Sluiter, en alle collega’s, oud-collega’s, vrienden en bekenden uit diverse (wetenschappelijke) verenigingen, redacties, het Vrouwenennetwerk Bestuursrecht en gewone vrienden en familie voor jullie komst naar de VU.

Een bijzonder woord van dank wil ik uitspreken tot onze ouders, en dan met name mijn moeder, op wie ik altijd een beroep mag doen en die dan ook altijd klaarstaan.

Lieve Rogier, Karlijn en Noor. Geweldig dat jullie hier zijn! Jullie wil ik graag bedanken voor de hulp en de aanmoedigen die jullie me ieder op je eigen – vaak zeer relativerende – manier geven. Jullie zijn mijn grootste geluk.

Dank voor uw aandacht.

Ik heb gezegd.